

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O ESTUPRO SIMPLES COMO CRIME HEDIONDO

Débora da Costa Pereira

Presidente Prudente - SP
2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O ESTUPRO SIMPLES COMO CRIME HEDIONDO

Débora da Costa Pereira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente - SP
2006

O ESTUPRO SIMPLES COMO CRIME HEDIONDO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos

Maria Heloisa da Silva Covolo

Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos

Presidente Prudente – SP, 29 de novembro de 2006.

Se queremos reduzir a criminalidade, nos limites do possível, devemos combatê-la com um tratamento científico, e este só se consegue partindo do pleno conhecimento da atividade psíquica do homem, e dos fatores que nela influem, para evitar o crime - tornando-lhe inertes as causas, cortando-lhe as raízes, estacando-lhe as fontes, dando caça aos seus antecedentes antropológicos e sociais, mais recônditos e afastados. Importa que o ministério penal só empregue a quantidade de mal necessária para alcançar o bem. Não é pelo mal que se há de vencer o mal. É pelo bem.

Pedro Lessa

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, meu porto seguro!

E, em especial:

Aos meus pais, pelo amor e dedicação de uma vida e por me proporcionarem a valiosa oportunidade de chegar ao ensino superior.

Aos meus amigos Ellisson, Guilherme, Lisiane, Regina e Renato, companheiros desta jornada, além de todos os que me apoiaram e motivaram nos momentos de dificuldade.

Ao Dr. Andrei Mohr Funes por sua valiosa colaboração.

Ao Dr. Jurandir José dos Santos pelo precioso conhecimento que me transmitiu como professor, ainda o fazendo como supervisor do estágio junto ao Ministério Público; por usar de paciente atenção e dedicação, não só ao orientar-me para a realização do presente trabalho, mas sempre que recorri ao seu auxílio. Dedico-lhe eternos respeito, gratidão e admiração!

RESUMO

O presente trabalho analisa o tratamento reservado ao crime de estupro, especialmente quando praticado em sua modalidade simples (artigo 213 do Código Penal Brasileiro), não resultando em lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima, frente às disposições contidas na Lei nº. 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos). Apresenta-se o contexto jurídico-social em que a referida lei foi promulgada, proporcionando melhor compreensão da concepção de hediondez e da atribuição dessa classificação penal a uma determinada conduta. Passando à análise do delito de estupro, apontam-se os elementos constitutivos do tipo, bem como os institutos que a ele se relacionam. Por meio da técnica bibliográfica, a pesquisa buscou traçar a evolução histórica da visão do estupro como crime hediondo. Foi dado especial destaque às divergências de posicionamentos na doutrina e na jurisprudência acerca da hediondez do crime praticado na sua forma básica. Ressaltam-se os fatores que determinaram a pacificação do tema nesse sentido pela Suprema Corte Brasileira. Diante da classificação do delito de estupro como crime hediondo, independentemente da modalidade em que é praticado, o estudo faz apontamentos sobre as atuais implicações práticas dessa classificação. Nesse sentido, destaca-se a recente declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados por crime hediondo e as ponderações doutrinárias a respeito. Apresentam-se as recentes propostas de alterações à Lei 8.072/90. O trabalho aborda também a questão da mulher como vítima de crime sexual, apontando-se a existência de uma visão ainda preconceituosa da mesma. Por fim, considera-se não depender o efetivo combate ao crime, especialmente na esfera sexual, de classificação de natureza penal, mas do implemento de políticas públicas na área da educação e cultura, visando a erradicação desse tipo de comportamento, bem como da aplicação de resposta séria e adequada ao agente.

Palavras-chave: Estupro simples - crime hediondo. Progressão – regime de cumprimento de pena. Mulher – vítima de crime sexual.

ABSTRACT

The present study analyzes the treatment reserved to the crime of rape, especially when it is practiced in its simple modality (article 213 of the Brazilian Criminal Code), not resulting in corporal damage of serious nature or death of the victim, in face of the rules included in the LAW number 8072/90 (Law of dreadful crimes). The juridical and social context in which the referred law was promulgated is presented, providing a better comprehension of the conception of dreadfulness and the attribution of such criminal classification to a certain conduct. Moving towards the analysis of rape, the constitutive elements of its type are shown, as well as the institutes to which it relates. By means of the bibliographical technique, the research tried to sketch the historical evolution of the overview of rape as a dreadful crime. Special focus was given to the divergences of opinions in the doctrine and jurisprudence about the dreadfulness of the crime practiced in its basic form. The factors that determined the pacification of the theme in this sense, by the Brazilian Supreme Court, are noticed. In face of the classification of the offense of rape as a dreadful crime, regardless of the modality in which it is practiced, the study gives hints about the practical implications of this classification. In this sense, the recent declaration of unconstitutionality of the prohibition of progression of punishment execution regime to the convicts for dreadful crime and the doctrinal thoughts about it are pointed out. The recent change proposals to the Law 8072/90 are presented. The work also talks about the subject of women as victims of sexual crimes, pointing out the existence of a vision which still prejudicial to them. Finally, it is taken into account that the effective fight to the crime does not depend on classification of criminal nature especially in the sexual area. As a matter of fact, it depends on the implement of public politics in the sphere of education and culture, aiming the eradication of such kind of behavior, as well as the application of a serious and adequate answer to the agent.

Key-words: Simple rape – Dreadful crime. Progression – Regime of execution of the punishment. Women – Victims of sexual crimes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CRIMES HEDIONDOS	11
1.1 Fundamento político-jurídico	11
1.2 Embasamento constitucional	14
1.3 Previsão infraconstitucional	16
2 CRIME DE ESTUPRO	20
2.1 Histórico	20
2.2 Conceito	25
2.3 Objetividade jurídica	25
2.4 Sujeitos do crime	25
2.4.1 Sujeito ativo	25
2.4.2 Sujeito passivo	26
2.5 Tipo objetivo	26
2.6 Tipo subjetivo	28
2.7 Consumação e tentativa	28
2.8 Crime qualificado pelo resultado	29
2.9 Causas de aumento de pena	30
2.10 Ação penal	30
2.11 Extinção da punibilidade	31
3 O ESTUPRO COMO CRIME HEDIONDO	32
3.1 Crimes contra os costumes abrangidos pela Lei nº. 8.072/90	32
3.2 Análise quanto ao crime de estupro	33
3.2.1 Estupro considerado crime hediondo apenas em relação ao tipo qualificado	35
3.2.2 Estupro considerado crime hediondo tanto no tipo básico como no tipo qualificado	40
3.2.3 Estupro cometido mediante violência presumida	45
4 A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS HOJE	51
4.1 Progressão de regime nos crimes hediondos	52
4.2 Alterações previstas à Lei 8.072/90	60
5 QUANDO A VÍTIMA É A MULHER	63
CONCLUSÃO	68
BIBLIOGRAFIA	71
ANEXOS	73

INTRODUÇÃO

É fascinante a característica do Direito, enquanto ciência humana, de admitir uma diversidade de interpretações acerca do mesmo tema, o que faz surgir também a possibilidade da aplicação de soluções até mesmo opostas ao problema enfrentado no caso concreto.

Referida característica proporciona a defesa dos diversos interesses e o próprio enriquecimento da ciência, mediante o desenvolvimento do raciocínio jurídico crítico, a formulação de teses e o surgimento de novos institutos, contudo, pode representar também insegurança, diante da expectativa de um julgamento em um ou noutro sentido.

Ao se iniciar o estudo dos crimes contra a liberdade sexual e, dentre eles, do estupro, essa peculiaridade é marcante, uma vez que, além da polêmica que naturalmente envolve esse delito, enfrenta-se outra, relacionada a classificação penal que lhe deve ser empregada e as conseqüências de ordem prática de cada interpretação.

A Lei dos crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), ao estabelecer as condutas que receberiam essa classificação, incluiu o crime de estupro e declinou, em seguida, os dispositivos legais a que se referia – em seu artigo 1º, dispõe, *in verbis*: “são considerados hediondos os seguintes crimes, (...): V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único)”. Além disso, majorou, mediante previsão do artigo 6º, as penas deste e de outros crimes, bem como suprimiu benefícios dada a gravidade dos mesmos. Por fim, o artigo 9º da mesma lei prevê aumento de pena se o crime é cometido em face de vítima que se enquadre em alguma das hipóteses do artigo 224 do código Penal.

Diante das novas previsões legais conferidas ao crime de estupro, o convencimento acerca de sua hediondez caminhava para a consolidação. No entanto, em decisão do Supremo Tribunal Federal de 08 de junho de 1999, tendo como relator o Ministro Nery da Silveira, afirmou-se que, para o estupro ser classificado como crime hediondo, seria necessário que resultasse em lesão corporal de natureza grave ou morte.

A partir de então, assumiu especial relevância a distinção verificada entre o estupro chamado “simples”, em relação ao de forma “qualificada”, devendo ser

apenas este último classificado como crime hediondo. Dessa forma, o que para uns se tratava da observância aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, recuperada pelo mencionado julgamento, e que para outros significava frontal violação da lei e desrespeito à dignidade da vítima, passou a ser aplicado por juizes e tribunais de todo o país.

Todavia, existem orientações distintas que apontam, não só para uma interpretação literal da Lei 8.072/90, mas, também, para o aspecto social e teleológico de tal classificação.

Nesse sentido, a pesquisa enfocou os fundamentos utilizados na defesa de cada interpretação, abordando os pontos marcantes da acirrada discussão, que serviu de pano de fundo à entrada do novo século, até a pacificação, em 17 de dezembro de 2001, por meio do julgamento do *Habeas Corpus* nº. 81.288/SC pelo Pretório Excelso, no sentido de que o estupro, independentemente da modalidade em que é praticado, constitui crime hediondo.

As questões abordadas não se encerram na classificação penal da conduta, ao contrário, esta passa a servir de reforço a outras indagações. O estudo demonstrou que a Lei dos crimes hediondos, promulgada às pressas para atender a ânsia de uma sociedade farta da convivência com o medo e com a violência, nasceu com uma série de imperfeições técnicas e até mesmo lógicas, sendo ainda fortemente criticada em razão da desproporcionalidade das penas impostas e por conter disposições por alguns consideradas inconstitucionais.

Grande parte dessas questões são abordadas em sede de *habeas corpus*, sendo muitos deles impetrados por autores de estupro que, agora de qualquer forma autores de crimes hediondos, tentam afastar as conseqüências de seu grave comportamento questionando a aplicabilidade das previsões legais.

A mais recente discussão diretamente relacionada ao tema girou em torno da inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que proíbe a progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados por crime hediondo ou equiparado a hediondo. A tese que atesta a violação do texto constitucional foi acolhida por maioria de votos pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro do ano em curso.

A decisão foi proferida mediante controle difuso de constitucionalidade, somente se aplicando à parte requerente, o que de certo ensejará um sem

número de pedidos visando o alcance da benesse agora proporcionada por aquela Corte.

Contudo, a regra para a concessão de progressão de regime de que se dispõe hoje prevê a passagem para regime mais benéfico após o cumprimento de um sexto da pena no regime mais gravoso, o que significa a possibilidade de condenados por crime hediondo terem o início de sua reinserção ao convívio social após o cumprimento dessa ínfima parcela de sua pena.

Diante dessa realidade, o trabalho também procurou abordar as primeiras soluções que se buscam inserir no ordenamento jurídico visando adequar a legislação à nova realidade construída pela jurisprudência.

Relatadas as principais afetações dos novos entendimentos jurisprudenciais ao autor de estupro, buscou-se, trazer à baila, por fim, a figura da vítima, o que se fez por meio de breve abordagem do tratamento que lhe é dirigido no âmbito jurídico-penal, especialmente ante aos novos entendimentos dos que julgam a causa de seu horror.

O estudo se baseou na pesquisa teórica, mediante levantamento bibliográfico e jurisprudencial. Utilizou-se dos métodos histórico, comparativo e dialético para demonstrar os pontos de divergência e os fundamentos de cada vertente.

As questões envolvidas são polêmicas, tanto que se pôde observar que até hoje não foram raras as inversões de posicionamentos dos que as enfrentam, de modo que o presente trabalho não pretendeu esgotá-las nem, tampouco, solucioná-las, mas apontar as bases em que se firmam os atuais entendimentos e alguns aspectos práticos do seu seguimento.

1 CRIMES HEDIONDOS

1.1 Fundamento político-jurídico

Para a compreensão do significado de crime hediondo e da classificação de um delito nesse sentido, é importante que se proceda a um breve apanhado acerca das circunstâncias que levaram à sua regulamentação.

A Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, que trata do assunto, foi aprovada, primeiramente, para atender ao imperativo constitucional (artigo 5º, XLIII), contudo, sua necessidade e a urgência de sua instituição, tendo em vista os projetos de lei sobre o assunto que já tramitavam na Câmara dos Deputados anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, detém, muito mais, o caráter de resposta ao momento de profunda insegurança que vivia a sociedade brasileira.

Na década de 70 surgiu uma corrente político-criminal denominada Movimento da Lei e da Ordem (*Law and Order*), cujos reflexos se estenderam às décadas imediatas, influenciando diretamente o posicionamento assumido pelo legislador constituinte. Essa corrente tomava em consideração a premissa de que o tratamento dado à criminalidade se mostrava extremamente brando e isso era devido a perspectivas dogmáticas sofisticadas e a considerações de ordem sociológica. Defendia a imprescindibilidade do restabelecimento da ordem, e não necessariamente da justiça, como valor supremo (FRANCO, 2005, p. 84).

Essa idéia se espargiu na medida em que encontrou suporte em alguns acontecimentos verificados na época como a ascendente criminalidade violenta contra grupos sociais mais privilegiados, especialmente no que se refere aos seqüestros; no terrorismo político e gratuito promovido por facções ligadas à esquerda e à extrema direita; no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins; no avanço do crime organizado, revelando a realidade de corrupção e impunidade; no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc); na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo de insegurança, com o reducionismo do conceito de violência ao de criminalidade e dramatização do tema realizada com objetivos de cunho político.

O final da década de 80, em especial, foi marcado por uma onda de seqüestros praticados por grupos armados, dentre os quais o do empresário

Roberto Medina, irmão do Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro, Rubens Medina, tido como o estopim para a edição da lei.

O temor de tornar-se vítima de um delito torna o cidadão refém das ações criminosas e, uma vez que não se encontra uma maneira de refreá-las, surge um sentimento de desconfiança em relação ao sistema e suas instituições, o que acaba por servir de incentivo à autoproteção e desencadeia uma política criminal passional, baseada num rigor desmedido no apelo à pena. Nesse momento, observa-se também um agravamento de outros problemas sociais, prioritários, na medida em que a atenção geral é projetada para os resultados da criminalidade, fomentando ações e reações carregadas de agressividade e emoção, sobretudo, em relação a minorias marginalizadas, tidas como agentes causadores do perigo.

Sob essa perspectiva, explica Alberto Silva Franco (2005, p. 88-89)::

Movimento da Lei e da Ordem compreende o crime como o lado patológico do convívio social, a criminalidade como uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho. A sociedade era separada num traço simplificado entre pessoas sadias incapazes da prática de atos desviados e pessoas doentes prontas para a execução de atos transgressivos. O seguimento hígido da sociedade não poderia conviver com o segmento infrator porque este estaria dotado de um poder contagiante idôneo a espalhar amplamente o vírus da criminalidade (...) Era necessária, portanto, uma declaração de guerra, uma cruzada, uma luta contra a parte nociva. Toda a sociedade sem manchas deve ser mobilizada para a eliminação do tríplice mal: crime, criminalidade e criminoso.

Nesse sentido, a criação de regramento tão rígido, prevendo sanções severas aos chamados crimes hediondos, encontra justificativa no clima de pavor que assolava o país e na necessidade que tinham as autoridades de tomar providências eficazes para a reversão desse quadro. Partiu-se, assim, para a estruturação de tipos penais novos, agravamento das penas cominadas às figuras típicas existentes, criação de leis especiais, alargamento da atuação policial, aumento das medidas de cautela e supressão de garantias processuais.

Apesar disso, a edição da lei não parece ter sido eficaz. Acredita-se que não seja a rotulação de um delito como hediondo nem o agravamento de sua pena que conseguirá inibir a sua prática e, muito menos, dismantelar os grupos criminosos tão bem organizados.

Tal realidade se mostra claramente retratada pelos crescentes índices de violência, a prática reiterada de extorsão mediante seqüestro, bem como pelas

diárias apreensões de drogas. Observa-se a ocorrência de uma real inversão de valores, em que chefes de organizações criminosas comandam ataques a diversos setores da sociedade de dentro dos próprios presídios, auxiliados por advogados que lhes fornecem telefones celulares, transmitem informações, realizam operações financeiras, servindo como verdadeiros “boys” do crime. Este, jamais esteve tão fortemente organizado, contando com sólidas bases políticas e financeiras, levando medo e insegurança aos que deveriam gozar de plena liberdade e dignidade, além de outras garantias que lhes destina a Constituição Federal.

Em verdade, o Movimento da Lei e da Ordem se mostra amparado em falsas premissas. A sociedade se organiza de forma bem mais dinâmica e complexa, na qual o comportamento desviado não é a postura anormal de uma minoria que vive à margem do processo societário, mas consiste numa conduta que pode ser identificada em qualquer segmento da pirâmide social, não sendo manifestação exclusiva ou privativa de classes sociais menos favorecidas. Destarte, não se pode terminar com a prática criminosa, de modo que a intenção de que a resposta penal, quanto mais severa for, constituirá instrumento apto a extirpar o delito, mostra-se, no mínimo, ingênua.

A sociedade tem por hábito tratar tudo o que rejeita por meio do isolamento. É o que ocorre, por exemplo, com os doentes mentais, internados em hospitais psiquiátricos, é também o tratamento destinado àquele que viola as normas instituídas segundo o interesse coletivo e a todos impostas, o encarceramento.

Desse modo, o indivíduo tem privada a sua liberdade para que se preservem os direitos guardados por tais normas, regramentos e princípios. Quando esse sistema falha, ou seja, em vez da preservação de direitos e, conseqüentemente, da convivência harmônica, tem-se o crescimento de um comportamento contrário a esse fim, exteriorizado especialmente pelo aumento da violência, torna-se evidente a necessidade de mudanças.

É o que se pode constatar hoje, em meio ao caos promovido pelas ações criminosas, levando a própria sociedade a isolar-se, uma vez que as pessoas vivem com medo, trancadas, vendo-se obrigadas a alterar sua rotina, submetendo-se ao que favorece o crescimento da empresa do crime, ao mesmo

tempo em que denuncia a total ausência de segurança diante do fracasso dos meios destinados a sua proteção.

Apesar das críticas apresentadas em face das idéias defendidas pelo movimento atuante nas décadas de 70 e 80 do século passado, sua influência foi efetiva e materializou-se nas sanções previstas nos dispositivos legais lançados no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no âmbito constitucional, como por meio de legislação ordinária, dentre eles os referentes aos crimes hediondos.

Novamente se vive o anseio por mudanças, contudo, parece bastante claro que uma resposta na forma de leis severas não concentra a total solução do problema. A legislação vigente necessita de alterações, entretanto, depende mais urgentemente de efetiva aplicação, pois, se a ameaça de punições severas não basta para desencorajar a prática delitiva, a sensação de impunidade, ao contrário, serve-lhe como forte estímulo.

1.2 Embasamento constitucional

A expressão “crime hediondo” foi aplicada, pela primeira vez, na Constituição Federal de 1988 ao dispor, no artigo 5º, inciso XLIII, que: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. O seu emprego no título reservado aos direitos e garantias fundamentais é visto como uma restrição dos mesmos em razão da gravidade dessas condutas.

Nesse sentido, trata-se de classe delitiva na qual se excluiu dos mandantes e executores da conduta tipificada a garantia processual da fiança e se proibiu o reconhecimento de determinadas causas extintivas da punibilidade (anistia e graça). Em verdade, o texto constitucional reforça a doutrina penal dominante ao prever a responsabilização criminal para todos os envolvidos com a prática criminosa, seja na modalidade de autor, co-autor ou partícipe.

As mesmas restrições ainda são aplicadas aos que, podendo evitar o crime, se omitirem, contudo, merece destaque o fato de que não basta o simples “deixar de fazer” para que sobrevenha resposta tão grave. Entende-se que: “esse “poder fazer algo”, que não foi feito, para evitar a prática delituosa, só terá

interesse, de conotação penal quando o emitente devia e podia agir para evitar o resultado” (AMÊNDOLA NETO, 1997, p. 28).

O legislador constituinte definiu omissão penalmente relevante aquela na qual o omitente podia evitar que o resultado típico adviesse. Essa qualificação é, contudo, deficiente, pois, dotada de extrema amplitude, permite que qualquer um seja acusado de não ter feito algo para evitar um certo resultado, conferindo uma liberdade perigosa no momento da aplicação da norma.

Omissão significa a falta de ação no cumprimento do dever, inércia, desídia.¹ O dever de agir significa que o omitente tinha a obrigação, em virtude de lei, ou da assunção da responsabilidade, de impedir o resultado ou de uma situação de ingerência, em obstar o advento do resultado típico². Assim, a hipótese tipificada estará configurada quando o sujeito, que tem o dever de agir visando à preservação do bem jurídico, podendo, deixa de fazê-lo.

O mesmo tratamento é destinado pela regra constitucional aos crimes de terrorismo, tortura e tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins. Às duas últimas figuras delitivas já se conferiu a devida regulamentação, nas formas da Lei 9.455 de 07 de abril de 1997, que “define os crimes de tortura e dá outras providências”; a Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976, que “dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências”, de caráter extremamente repressivo; a Lei 10.409 de 11 de janeiro de 2002, com a qual se intentou disciplinar inteiramente referida matéria, acrescentando-se medidas relacionadas à prevenção, tratamento, fiscalização, controle e repressão à produção ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, porém, desprovida de qualidade técnica, teve um terço de seu texto vetado pelo Presidente da República.

Da mesma forma, o texto constitucional deu origem à Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que “dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências”.

1 KOOGAN, 1997, p. 1170.

2 Cf. FRANCO, 2005, p. 83.

1.3 Previsão infraconstitucional

Pouco antes de se esgotar o prazo de um ano da promulgação da Constituição Federal, o Ministro da Justiça encaminhou ao Presidente da República projeto de lei, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, dispondo sobre crimes hediondos. Suas razões centravam a necessidade da instituição de meios capazes de viabilizar “a guerra contra o crime” e foram organizadas pelo Prof. Damásio Evangelista de Jesus. O projeto foi acompanhado por considerações como as que seguem (FRANCO, 2005, P.93):

A criminalidade violenta não diminuiu. Ao contrário, os índices atuais são alarmantes. Uma onda de roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante seqüestro etc. vêm intranqüilizando a nossa população e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle deste tipo de criminalidade.

A proposta era dar sentida a expressão constitucional “crimes hediondos” pela enumeração de determinadas figuras criminosas que receberam, preservada integralmente a respectiva estrutura típica, o rótulo de *hediondo*, e pela determinação da área conceitual de *crime hediondo* que poderia ser definido como todo delito que se pratique com violência à pessoa, provocando, pela gravidade do fato ou pela maneira de execução, intensa repulsa social e cujo reconhecimento decorra de decisão motivada de juiz competente. (FRANCO, 2005).

A Mensagem Presidencial 546/89, por meio da qual se encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 3.754/89, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e as contribuições contidas em outros projetos de leis apresentados sobre a matéria deram origem ao Projeto Substitutivo 5.405/90, elaborado pelo Dep. Roberto Jefferson, Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Redação. Tal projeto, em virtude de acordos entre os líderes de partidos políticos e, sem que houvesse discussão mais aprofundada do tema, foi aprovado, transformando-se na Lei 8.072/90, promulgada, com dois vetos (artigos 4º e 11), pelo Presidente Fernando Collor, em 25 de julho de 1990.

Assim, a previsão infraconstitucional dos crimes hediondos fica a cargo da Lei 8.072/90, com alterações trazidas pelas Leis 8.930/94 e 9.695/98. Observe-se, contudo, que a referida norma apresenta as condutas consideradas hediondas sem trazer o significado dessa expressão. Optou-se pela adoção do critério legal na definição desses delitos, de maneira que a hediondez de uma conduta criminosa não se concentra no caráter repugnante, asqueroso ou repulsivo que envolve a sua prática, mas no fato de o legislador ter conferido à figura típica pré-existente o rótulo de *crime hediondo*.

O arrolamento de figuras delitivas sem a o esclarecimento acerca do conceito de hediondez não é a única crítica dirigida à lei. É digna de censura a base utilizada para a rotulação jurídica, revelada na primazia conferida a tutela patrimonial, seguida pela liberdade sexual e, por fim algumas situações fáticas de perigo comum. O legislador, em verdade, desconsiderou a vida humana em si, uma vez que mereceu destaque a vida quando atrelada a um bem jurídico patrimonial, enquanto o homicídio, simples ou qualificado, não estava incluído entre os crimes hediondos.

Ademais, a mera classificação, sem a fixação conceitual de hediondez acarreta um perigoso grau de rigidez na aplicação da lei. Nesse sentido, tanto um beijo lascivo ou a prática de um toque corporal, como a execução de um ato de libidinagem grave praticados contra vítima com idade não superior a quatorze anos, poderão ser enquadradas como condutas hediondas, fazendo jus a mais severa punição, porque o atentado violento ao pudor foi inserido, sem nenhuma restrição, nessa categoria.

Outro problema surge, justamente, na falta de uma lógica na confecção da norma, falta-lhe coerência e equilíbrio, o que ainda prejudica a livre atuação do juiz na adequação da pena ao caso concreto. Afora os crimes de genocídio, de homicídio simples quando praticado por grupo de extermínio e de homicídio qualificado, todos os demais, sem que houvesse nenhuma mudança na composição descritiva das figuras incriminadas, bastando a nova classificação, sofreram aumento significativo nas penas. Desse modo, punições incoerentes podem ser observadas: a morte por homicídio qualificado será punível, no mínimo, com doze anos de reclusão, enquanto que na extorsão mediante seqüestro, pelo menos, com vinte e quatro anos de reclusão, bastando a agregação do fator patrimonial para que o mesmo evento (morte) recebesse

tratamentos tão distintos; os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor receberam, qualitativa e quantitativamente, as mesmas sanções punitivas, como se a ofensa à liberdade sexual da mulher tivesse a mesma gravidade de um beijo lascivo. Ainda, são punidos igualmente aquele que falsifica um produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e aquele que falsifica cosméticos, como um xampu ou um batom, por exemplo.

Fala-se, ainda, em violação direta do princípio constitucional da individualização da pena por parte do disposto no artigo 9º da Lei 8.072/90. Por meio dele houve a formulação de um preceito sancionatório fixo, uma vez que, se o latrocínio, ou a extorsão mediante seqüestro, de que resultou morte, for praticado contra pessoa não maior de quatorze anos, mínimo e máximo da sanção punitiva cominada equivalerão a trinta anos de reclusão. Assim, não poderão ser considerados fatores como a personalidade do agente ou sua culpabilidade no momento da fixação da pena.

Outros alvos de críticas são a proibição do indulto, numa interpretação literal do texto constitucional; a criação, no âmbito do direito material, de um rigoroso requisito para a concessão do livramento condicional no que tange à exigência do cumprimento de, no mínimo, dois terços da pena em caso de crime hediondo ou equiparado, além da que se refere à reincidência específica (alterações promovidas pelo artigo 5º da Lei 8.072/90 ao artigo 83 do Código Penal); elegeu hipóteses de delação premiada e formulou causa de aumento de pena, sem adequado fundamento jurídico.

Não bastando as imperfeições técnicas apontadas, o legislador ordinário criou um tipo miscigenado de quadrilha ou bando ao se referir a figura “grupo”, não especificando a quantidade de pessoas que caracterizaria tal modalidade. Ressalte-se a evidente contradição cometida ao se conferir caráter hediondo ao homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio. Ora parece muito difícil a ocorrência de um homicídio, praticado nessas condições, que não possa ser enquadrado numa das qualificadoras subjetivas ou objetivas, relacionadas no § 2º, incisos I a V, do artigo 121 do Código Penal. Em assim sendo, prevalecerá a figura do homicídio qualificado, crime hediondo, o que demonstra a inutilidade da nova figura (homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio) na prática jurídica.

No âmbito da execução penal a Lei 8.072/90 excluiu o regime progressivo de cumprimento de pena, estabelecendo o cumprimento integral da pena em regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados. Por fim, o legislador não atentou para eventuais conflitos de competência ao estatuir a possibilidade de a União manter estabelecimentos penais de segurança máxima, para condenados de alta periculosidade, “cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública” (artigo 3º).

Dos delitos rotulados como crimes hediondos pela Lei 8.072/90, sete estavam incluídos no Código Penal e um (o genocídio), em lei extravagante. A Lei 8.930/94 incluiu uma modalidade de homicídio simples e o homicídio qualificado entre os crimes hediondos e excluiu o de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte. A Lei 9.677/98 incluiu no rol dos crimes hediondos a figura do artigo 273 do Código Penal, com o acréscimo de dois novos parágrafos.

Quanto às figuras do homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, do homicídio qualificado, do latrocínio, da extorsão qualificada pela morte, da extorsão mediante seqüestro e na sua forma qualificada, do estupro qualificado, do atentado violento ao pudor qualificado, de epidemia com resultado morte e da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, encontram-se definidos em artigos do Código Penal. A Lei 8.072/90 as especificou, por sua numeração, com a redação dada pelas Leis 8.930/94 e 9.677/98, conferindo-lhes sensíveis alterações no *quantum* das penas.

2 CRIME DE ESTUPRO

2.1 Histórico

A história do estupro está intimamente ligada à presença de uma violência difundida, bem como a sua extensão e seus graus durante a evolução dos tempos. Relaciona-se, ainda, aos níveis de tolerância e rejeição do ato brutal, no sentido de que a ausência de sensibilidade e de queixa traduz, por exemplo, a estranha banalização de um ato, há muito, pesadamente condenado pelas legislações.

Era freqüente, e por vezes ainda o é, a sensação de legitimidade do agente, numa realidade de violência relativamente tolerada, raridade de queixas e postura de apropriação ou posse da vítima. A compreensão do universo da violência sexual requer a menção dos elementos que o compõem. É com esse intuito que se recorre à exposição segundo Georges Vigarello (1998, p.13):

Elementos heterogêneos, múltiplos, muitas vezes implícitos: a familiaridade da violência física em primeiro lugar; depois, a imagem do erro e do pecado, cuja certeza imobiliza a vítima no aviltamento e na indignidade; também a imagem da mulher, cuja opressão pareceu durante tanto tempo legítima; a imagem da consciência, cuja análise sempre hesitante e impenetrável na França antiga nunca ajudou a esclarecer o não-consentimento da vítima; enfim, o estado dos saberes, de cujos elementos lacunares esperamos hoje as provas corporais e materiais. Elementos variáveis com o tempo, seus perfis particulares sob o Ancien Régime³ dão ao estupro e ao seu julgamento uma especificidade.

Observa-se a existência de um paralelo entre a violência cotidiana e o crime de estupro. Este, como muitas violências antigas, é severamente

³ O autor inicia a análise do crime de estupro sob a luz do período histórico conhecido como Ancien Regime (Antigo Regime), verificado na França anteriormente à Revolução Francesa. Narra a cena do diário de Jacques-Louis Ménétra, vidraceiro que viveu no fim do século XVIII, revelando temas marcantes da sensibilidade ao estupro na época: Ménétra e seu amigo Gombeau descobrem, num domingo da década de 1760, nas "moitas do Bois de Vincennes", um "ninho humano", um casal escondido e intimamente enlaçado, "um rapaz e uma moça que estavam se divertindo"; os caminhantes zombam deles, os insultam e julgam "insolente" a resposta do amante. Bruscamente, se lançam ao ato brutal: Gombeau se precipita para a espada do rapaz, "fincada nua ao lado dele, por prudência" e o mantém à distância. Os dois amigos estupram sucessivamente a moça, "a quem não demos tempo de recompor-se", antes de jogar a espada para seu proprietário, depois de "um pouco afastados, pois andávamos com cuidado". A seguir considera que Ménétra parece não desconfiar nem um pouco da gravidade desse ato, a vítima não faz nenhuma queixa oficial; o diário do vidraceiro se volta em algumas linhas para outros fatos de sua vida e sua narração não é mais que uma história engraçada entre outras, uma chance que teve durante um passeio (Georges Vigarello, História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX, p. 13).

condenado pelos textos do direito clássico, porém, muitas vezes pouco penalizado, revelando certa compreensão e até justificção da conduta. Segundo Vigarello (1997, p.15), a resposta jurídica ao estupro reflete a resposta dada à violência comum: “ato de homem fora de si, frenético, algumas vezes castigado com sangue, em geral esquecido na banalidade da vida”. Assim, o estupro, como era na França do Antigo Regime, é conexo ao universo de violência verificado em cada período histórico.

É tido como conduta incriminada desde os tempos remotos. Os romanos, pela *Lex Julia de Vis Publica* punia severamente com a morte a conjunção carnal violenta. Já a Legislação hebraica previa a morte para os que violassem mulheres desposadas e, se virgens, o criminoso devia pagar cinquenta ciclos de prata ao pai da vítima.

Como se observa, relativamente à tutela penal no crime de estupro, é possível a identificação de elementos importantes à compreensão do bem jurídico que se busca proteger. Inicialmente, no direito romano, a tutela era projetada sobre a *pureza dos costumes* daqueles que estavam submetidos ao poder paterno ou marital. Não se pretendia proteger a vítima direta do ato criminoso, mas sim seu pai ou marido, estes eram considerados vítimas de fato. Denota-se uma forte conotação religiosa no combate aos crimes dessa natureza, onde a atenção se voltava à conservação da pureza da família com a rigorosa legalização da moral, a ponto de o marido traído, por exemplo, não ter o direito de perdoar a mulher, sendo forçado a repudiá-la publicamente (SILVA, 2006, p.50-51).

A moral pública sexual é tutelada como bem jurídico desde a época do Brasil colônia, também sob forte influência do direito canônico europeu, com punição a todos que se envolvessem na prática delituosa, co-autores e partícipes na medida de sua culpabilidade, mas, quando se tratava de prostituta, a pena era restringida, podendo ocorrer também a extinção da punibilidade pelo casamento entre autor e ofendida.

O desenho do bem jurídico tutelado nos crimes sexuais também sofreu influência da *ideologia iluminista*, no século XVIII, com seus valores libertários. Nesse sentido, a abordagem dos crimes sexuais passa a ser relacionada à liberdade sexual das pessoas, dentro de um contexto histórico no qual o ideal de

liberdade era o valor máximo buscado, ideal, este, formado por um conjunto de liberdades e, dentre elas, a sexual.

Outro elemento significativo é representado pela influência da *filosofia idealista* nas ideologias do século XIX. No que tange ao campo do direito penal sexual, tais movimentos filosóficos contribuíram para a criminalização de condutas tidas como contrárias aos “bons costumes” ou à honestidade, ameaçando o que, em cada tempo e espaço, se entendesse por “moralidade sexual”.

No Brasil imperialista o idealismo ainda não podia ser claramente notado, contudo, seus primeiros reflexos se manifestaram no Código Criminal do Império de 1830, no qual os delitos sexuais estavam previstos como “crimes contra a segurança da honra” – inseridos no Capítulo II do Título II – “Dos crimes contra a segurança individual”. Tutelava-se a *moralidade sexual* vigente na época ao lado dos crimes contra a honra pessoal (entendida como reputação).

De seu turno, com o advento da República, o Código Penal de 1890 tratava os crimes de natureza sexual sob o título: “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, refletindo as idéias do movimento idealista. O primeiro diploma legal republicano tutelava honra sexual e honestidade das famílias como bens jurídicos, o que representou um retrocesso com relação ao ideário iluminista, pois desvalorizava a proteção da liberdade sexual dos indivíduos para uni-la a outros valores, de cunho moral. No que tange ao delito de estupro, seguia o entendimento do diploma anterior, contudo, o legislador republicano agravou a pena de um a seis anos para três a doze anos no caso de crime praticado contra mulher honesta e, no caso de prostituta, a pena cominada teve o seu mínimo alterado de um para seis meses, mantido o *quantum* máximo em dois anos.

A expressão “estupro” foi consagrada por esse Código, visto que, até então, tratava-se de conduta unida a outras figuras, como a do crime de sedução de mulher honesta e o defloramento.

Atualmente, encontra-se tipificado no artigo 213 do Código Penal vigente (Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940), sob o Título VI (Dos crimes contra os costumes) que, em vista do silêncio da Lei 11.106 de 28 de março de 2005, a qual reformulou parcialmente os delitos sexuais, continua a tutelar sob a

mesma rubrica diferentes bens jurídicos: a liberdade sexual e a moralidade pública, os bons costumes e o pudor público.

O Código, como se vê, trata da liberdade sexual ao lado dos “costumes”, entendidos como valores morais. Contudo, há muito se critica a tutela penal da moral, diante de seu distanciamento do direito enquanto regramento de aplicação objetiva e generalizada. Santo Tomás de Aquino já advertia o legislador para que não se deixasse “seduzir pela tentação de tutela com os meios do direito penal todas as infrações à ‘moral objetiva’” (SILVA, 2006, p. 43).

Para entender a razão de a moral estar tutelada nos delitos sexuais com outros bens jurídicos tutelados naquele título é necessário observar a realidade histórico-social em que foi formulado o Código Penal de 1940. Não se tratava de um ambiente democrático, mas do Estado Novo, período marcado pelo regime ditatorial, instituído em 10 de novembro de 1937, em que uma série de acontecimentos nas várias esferas no ambiente social conduzia a um verdadeiro confronto de forças, com o predomínio absoluto da extrema direita. Foram fechados os parlamentos federal, estaduais e municipais e rechaçada a Constituição de 1934. Francisco Campos, com aspirações fascistas e antiliberais, sob a inspiração do modelo polonês, redigiu a Constituição outorgada em 1937, estabelecendo uma nova ordem político-jurídica no Brasil, marcada pelo totalitarismo antiliberal a exemplo do que ocorria no cenário internacional – o nazismo, na Alemanha e o fascismo, na Itália.

O regime ditatorial exigia um verdadeiro instrumento de controle social, forte, severo, que garantisse a imposição de suas idéias e preservação de seus valores. É natural, pois, que esses fatores influenciassem na instituição das leis penais, o que justifica as semelhanças existentes entre o Código Penal brasileiro de 1940 e o Código Penal italiano, elaborado em 1930 e denominado Código Rocco, como se verifica, por exemplo, na ampla disciplina das medidas de segurança mediante a adoção do sistema duplo binário.

No que se refere aos delitos sexuais, Tadeu Antônio Dix Siva (2006, p. 49), destaca a continuidade do compartilhamento com as idéias do regime fascista, “não apenas o acompanhando em seu positivismo, mas também porque tutela a *moralidade sexual*, mantendo a quase integralidade da rubrica do Código italiano (...) onde estavam previstos os crimes contra a liberdade sexual e os delitos de ofensa ao pudor e à honra sexual”.

No contexto de um corpo legal regido por uma visão extremamente conservadora, a moralidade pública sexual, os bons costumes e o pudor público são tidos como bens jurídicos igualmente dignos de tutela penal. Contudo, sabe-se que a sociedade, por si só, é composta por uma diversidade de princípios, crenças, comportamentos, estando sujeita a alterações a todo o tempo, o que é natural de sua evolução. Nesse sentido, não se mostra ajustada a proteção penal da moral pública sexual, ou seja, considerar imorais certos comportamentos quando se considera apenas a ótica de quem tem o poder de fazer as leis. Nos dizeres de Fragoso (1984) apud Silva (2006, p. 49), os julgadores devem estar “atentos ao envelhecimento e desatualização da lei” e procurar “interpretá-la em consonância com uma visão moderna, que corresponda às exigências dos novos tempos”.

Importante ressaltar, por fim, o quinto elemento da análise evolutivo-histórica que contribui para essa concepção acerca da necessidade de uma interpretação e aplicação da norma de acordo com a realidade de cada período. O referido elemento se verificou nos meados do século XX, mais precisamente nos anos 60 e 70, em que, diante de um contexto cultural conturbado, ocorreram significantes mudanças comportamentais, especialmente no campo da sexualidade, com a intitulada “revolução sexual”. Período caracterizado por um clima de forte crítica social, dirigida por movimentos de grande influência, os quais se posicionavam contra todas as normas de moralidade que restringiam a sexualidade das pessoas.

É certo, contudo, que o crime de estupro é a mais grave forma de violência contra a liberdade sexual da mulher, o que explica a severidade que sempre se encontra na pena que lhe é atribuída. Lembra Pierangeli (2005, p. 757-758), que com o homem, assim como com os animais, existe o instinto reprodutivo, porém, ao lado deste, ocorre também a concupiscência sexual. Assim, a idéia de que a liberdade que a mulher tem de dispor do próprio corpo na vida sexual que elegeu se verifica até entre as espécies inferiores, onde se observa que geralmente o macho procura a fêmea quando ela se acha em cio, isto é, predisposta ao coito, encontra um diferencial na espécie humana, na qual a obtenção da mulher se dá mediante a violência física ou moral, ou pelas manobras hábeis da sedução e da fraude. Explica o autor que o homem, ainda que ameaçado por penas crudelíssimas, na verdade, confia em sua impunidade, utilizando-se de tais

expedientes em busca de satisfação sexual, uma vez que estes delitos são cometidos em lugares ermos e afastados, o que dificulta muito a identificação do agente.

Das circunstâncias que envolvem o crime de estupro, bem como os demais delitos sexuais, até aqui tratadas é possível concluir que a preocupação do direito penal no campo da sexualidade entre adultos se concentra na falta de consentimento. Nela está a lesão à liberdade sexual do indivíduo, fora disso, não existe interesse no âmbito penal.

Nesse sentido é que se defende a tutela dos delitos dessa natureza sob o *nomen iuris* liberdade sexual a ser inserido no título onde se amparem as ofensas à liberdade individual, bem jurídico individual da pessoa, uma vez que a ofensa à liberdade sexual constitui claro atentado contra a liberdade do ser humano.

2.2 Conceito

O estupro é o primeiro dos delitos contra a liberdade sexual e vem definido no artigo 213 do Código Penal, alterado, com relação à pena, pelo artigo 5º da Lei 8.072/90: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de seis a dez anos.”. Explica Mirabete (2003, p. 413), tratar-se, pois, de um delito de constrangimento ilegal em que se visa à prática de conjunção carnal, sendo que o nome, “estupro”, vem de *stuprum*, do direito romano, termo que abrangia todas as relações carnais.

2.3 Objetividade jurídica

O bem jurídico protegido é a liberdade sexual da mulher, e não a sua simples integridade física, ou seja, protege-se o direito que ela tem de dispor de seu corpo, escolhendo livremente o seu parceiro sexual.

2.4 Sujeitos do crime

2.4.1 Sujeito ativo

O sujeito ativo do delito somente pode ser o homem, uma vez que só o varão pode manter *conjunção carnal* com mulher. Essa expressão refere-se ao

coito normal, que é a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher. Divergindo disso, a prática violenta de ato libidinoso (por homem ou mulher) caracteriza o delito de atentado violento ao pudor. É possível, contudo, que uma mulher seja co-autora de estupro, sob a luz dos artigos 22, 29 e 30, todos do Código Penal.

Embora se trate de crime próprio, dada à exigência de uma qualidade especial do autor, não há impedimento para que a mulher seja partícipe desse delito. Fala-se, inclusive, na tese da possibilidade de autoria da mulher, na modalidade mediata, quando, por exemplo, o executor do crime (autor imediato) sofre coação irresistível de uma mulher para a prática de conjunção carnal violenta. Nessa hipótese, apenas o co-autor responderia pelo crime, verificando-se a ocupação do posto de sujeito ativo por uma mulher.

2.4.2 Sujeito passivo

Somente a mulher pode ser vítima do crime de estupro. Hoje não mais se faz distinção entre a mulher virgem ou deflorada como ocorria no passado, bem como se a vítima é honesta ou prostituta, solteira, casada ou viúva, velha ou moça. Assegura-se o direito à liberdade sexual da mulher e, nesse sentido, o constrangimento ilegal empregado pelo marido para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular de direito.

Ainda, a cópula anal e outros atos libidinosos praticados contra homens, com violência ou ameaça, configuram o crime de atentado violento ao pudor.

2.5 Tipo objetivo

A conduta tipificada consiste em manter conjunção carnal por meio de violência ou grave ameaça, sendo a conjunção carnal, no sentido da lei, a cópula vagínica, completa ou incompleta entre homem e mulher. Critica-se referido dispositivo pela possibilidade de que outros atos, como as cópulas anal e oral, serem mais gravosos à dignidade da mulher. Demais disso, a justificativa de que a restrição legal se deve ao fato de a conjunção carnal ser mais perigosa para a mulher diante da possibilidade de gravidez não parece ser a mais acertada, tendo

em vista que a tutela penal se destina à preservação da liberdade sexual da mulher.

A ação se concentra no verbo *constranger*, que significa forçar, compelir, obrigar. O constrangimento ilegal, caracterizado pela violência ou grave ameaça, deve vir aliado à veemente oposição da vítima perante toda a prática criminosa. Assim, deve existir uma oposição tamanha que só a violência física ou moral consiga vencer. No que se refere à grave ameaça, consistente na promessa da prática de mal considerável, não há necessidade de que o mal ameaçado seja injusto. Além disso, importa considerar-se sempre a capacidade de resistência da vítima em cada caso.

Para a prova do crime se faz necessária a realização de exame pericial que comprove, no caso de violência, lesões corporais (equimoses, arranhões etc.). Se violência moral poderá ser demonstrada por outras provas, como testemunhas dos gritos ou choro da vítima.

Presumir-se-á a violência quando se tratar de vítima menor de 14 anos, a qual, ainda que dotada de maturidade sexual, não possa consentir validamente à prática do ato; quando for portadora de alienação ou debilidade mental, circunstância que deve ser de conhecimento do autor, significando o impedimento de que a pessoa tenha capacidade de entendimento ético para o ato a que consente e, finalmente, se por qualquer outra razão, a vítima não puder oferecer resistência. É o que estabelece o artigo 224 do Código Penal.

O tipo penal fala de conjunção carnal (introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal feminina) total ou parcial, com ou sem ejaculação. Destaque-se, contudo, a importância de que haja o rompimento do hímen, quando se tratar de mulher virgem, ou que ultrapasse o óstio vaginal, em caso de mulher anatomicamente não virgem ou portadora de hímen complacente. Explica Pierangeli (2005, p. 762-764), que o critério a ser utilizado não é o da virgindade juridicamente definida, que é a ausência de coito vagínico anterior, mas sim o da ruptura himenal. Desse modo, a cópula vulvar (vestibular), em que o pênis não transpuser aquela membrana, não está compreendida na expressão conjunção carnal. O tipo penal admite, no entanto, a cópula completa ou incompleta, ou seja, a introdução total ou parcial do membro na cavidade vaginal feminina. Ultrapassados, assim, os limites mencionados e presentes os demais requisitos, considera-se aperfeiçoado o delito de estupro.

2.6 Tipo subjetivo

Trata-se do dolo, da vontade consciente de constranger, de obrigar, de forçar a mulher. Exige-se, ainda, o elemento subjetivo do injusto (dolo específico), consistente no especial fim de manter conjunção carnal. Não há previsibilidade da prática delitiva na modalidade culposa. Ressalte-se, por fim, que não se faz necessária a finalidade do agente de satisfazer a própria lascívia para a caracterização do crime.

2.7 Consumação e tentativa

O delito de estupro se consuma com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher, independentemente da ocorrência de rompimento himenal, de orgasmo ou ejaculação.

Parte majoritária da doutrina entende ser perfeitamente possível a tentativa de estupro quando, havendo constrangimento para a prática de conjunção carnal, esta não é alcançada por circunstâncias alheias à vontade do agente. Tal se verificaria, por exemplo, quando, iniciando a execução, o agente é interrompido pela reação eficaz da vítima, pela chegada de uma pessoa ao local, por ouvir a sirene de uma viatura policial se aproximando ou por ter uma ejaculação precoce. Contudo, importará à configuração da tentativa que as circunstâncias demonstrem a inequívoca intenção de manter conjunção carnal com a vítima.

De outro lado, há entendimento no sentido de que a tentativa de estupro já constituiria atentado violento ao pudor consumado. Ressalta-se, entretanto, que existem situações em que o agente é interrompido antes mesmo da ocorrência de qualquer ato libidinoso. Explica Bitencourt (2004, p. 5-6), que o estupro, sendo crime complexo, tem como primeira ação a violência ou grave ameaça, nelas se inicia a execução do delito e, enquanto elementares do tipo, uma vez praticadas, bastam à caracterização da tentativa. No que se refere à distinção entre a tentativa de estupro e a tentativa de atentado violento ao pudor, o autor invoca a análise do elemento subjetivo que orientou a conduta do agente, ou seja, a intenção de praticar conjunção carnal ou ato libidinoso diverso.

O mesmo deverá ser considerado, para o fim de diferenciar a ocorrência de crime de atentado violento ao pudor consumado da hipótese de estupro tentado,

caso tenha sido praticado algum ato libidinoso contra a vítima. Caso não seja possível a identificação da real intenção do agente, deve o juiz optar pela solução que mais beneficiará o réu, qual seja, a tentativa de estupro, com conseqüente redução de pena de um a dois terços (artigo 14, parágrafo único, do Código Penal).

2.8 Crime qualificado pelo resultado

O artigo 223 do Código Penal prevê a prática de estupro em sua modalidade qualificada quando ocorrerem lesões corporais graves ou gravíssimas na vítima, ou lhe sobrevier a morte, em decorrência da violência empregada pelo agente.

O artigo 263 da Lei nº. 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) trouxe a figura do estupro qualificado quando a ofendida fosse menor de 14 anos, cominando-lhe pena de reclusão de quatro a dez anos. Todavia, referido dispositivo foi revogado com o advento da Lei nº. 8.072/90, que elevou, por meio de seu artigo 6º, a pena do estupro básico para reclusão de seis a dez anos. A primeira disposição tornou-se, pois, incompatível com a segunda, não sendo possível punir-se com pena menos severa o delito revestido de circunstância qualificadora. A jurisprudência já vinha caminhando nesse sentido, sendo que a Lei nº. 9.291, de junho de 1996, resolveu a questão ao revogar expressamente o parágrafo único do artigo 213, acrescentado pelo artigo 263 da Lei nº. 8.069 (ECA).

De sua vez, a Lei nº. 8.072/90, em seu artigo 1º, deu ao estupro, tanto em sua forma simples (artigo 213, *caput*) quanto nas qualificadas (artigo 223, *caput* e parágrafo único) a classificação de crime hediondo, confirmada pela nova redação dada ao referido dispositivo pela Lei nº. 8.930/94. O artigo 9º da Lei dos crimes hediondos também prevê acréscimos nas penas. Constata-se, ainda, que esta lei não fez referência ao parágrafo único do artigo 213, acrescentado pela Lei nº. 8.069/90, o que reforça o entendimento de que o mesmo tenha sido revogado tacitamente por ela, caso contrário, chegar-se-ia ao absurdo de considerar o crime do *caput* hediondo, detentor de pena mínima mais grave do que a do parágrafo único, não hediondo.

2.9 Causas de aumento de pena

Há previsão de aumento de pena para as situações previstas no artigo 226 do Código Penal:

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº. 11.106/05)
I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº. 11.106/05)
II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; (Redação dada pela Lei nº. 11.106/05)
III – (Revogado pela Lei nº. 11.106/05)

Em relação ao disposto no inciso I, importa esclarecer que, com base na teoria restritiva do autor, adotada pelo Código Penal, a aplicação do aumento de pena depende da restrição da autoria somente às pessoas que cometem os atos executórios, aos co-autores, que devem estar presentes no local do crime.

O aumento previsto no inciso II passou de um quarto para metade da pena, mediante a alteração trazida pela Lei nº. 11.106/05. A ampliação se deve ao maior desvalor da conduta quando praticada por aqueles que detenham um especial dever de proteção ou que possuam uma situação de superioridade em relação à vítima.

2.10 Ação penal

O artigo 225 do Código Penal estabeleceu como regra para os crimes contra os costumes a ação penal de iniciativa privada, procedendo-se somente mediante queixa. No entanto, se da violência advier lesão grave ou morte, a ação será de iniciativa do Ministério Público. A justificativa está na disposição do artigo 101 do Código Penal, no sentido de que, em se tratando de crime complexo, uma vez que lhe são elementares fatos que, por si só, constituem crimes e, sendo a ação nos crimes de lesão corporal grave e de homicídio de iniciativa do *parquet*, a ação penal será de natureza pública. Ainda, a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal reforça a referida inteligência.

No caso de estupro cometido com violência real, portanto, a ação é pública por tratar-se de crime complexo. Assim, se há violência presumida ou somente ameaça, a ação será de iniciativa privada, não se aplicando a Súmula 608.

Todavia, a ação penal dependerá de representação do ofendido ou de seu representante legal no caso de a vítima ou seus responsáveis não puderem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família. Para o fim de se demonstrar a miserabilidade é admitida qualquer prova, inclusive a notoriedade do fato.

Por fim, será pública incondicionada no caso de abuso do pátrio poder (poder familiar) ou da qualidade de tutor ou curador, uma vez que o responsável pela vítima, a quem caberia o direito de representação para o início da persecução criminal é o próprio autor do delito, deixando a vítima desamparada.

2.11 Extinção da punibilidade

A pena cominada ao delito de estupro é, isoladamente, reclusão, de seis a dez anos, sendo absorvidas por aquela conduta as lesões corporais leves decorrentes da violência, do constrangimento empregado ou da conjunção carnal, pois estas dependem de representação, conforme dispõe o artigo 88 da Lei nº. 9.099/95.

Ocorrerá a extinção da punibilidade perante a decadência do direito de queixa ou de representação ou por expressa desistência por parte do querelante.

3 O ESTUPRO COMO CRIME HEDIONDO

3.1 Crimes contra os costumes abrangidos pela Lei nº. 8.072/90

A Lei 8.072 de 25 de julho de 1990 (Lei dos crimes hediondos), em seu artigo 1º, incisos V e VI selecionou duas figuras delitivas, dentre os crimes contra os costumes definidos no Título VI do Código Penal, para cobrir com o manto da hediondez. Tratam-se dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, previstos, respectivamente, nos artigos 213 e 214 do referido diploma e que, de fato, constituem as mais graves infrações dessa natureza.

Por conseqüência, esses dois crimes sofreram significativas alterações em suas penas, as quais passaram de três a oito anos para seis a dez anos de reclusão, no caso do estupro e de dois a sete anos também para seis a dez anos de reclusão, no caso do atentado violento ao pudor, conforme estabelece o artigo 6º da Lei 8.072/90.

As formas qualificadas também foram agravadas. Se da violência empregada contra a vítima do estupro ou do atentado violento ao pudor resultar lesão corporal de natureza grave, os limites sancionatórios, mínimo e máximo, serão de oito e doze anos de reclusão (artigo 223 do Código Penal) e, se resultar morte, serão fixados entre doze e vinte e cinco anos de pena reclusiva (artigo 223, parágrafo único).

A paridade punitiva pode até ser compreendida, uma vez que não necessariamente o estupro significará uma conduta mais gravosa em relação ao atentado violento ao pudor. Contudo, parece mais uma vez evidente a falta de técnica legislativa da referida norma, que se preocupou tão-somente em etiquetar figuras delitivas pré-existentes como hediondas, não se dedicando à análise de outros elementos constitutivos de cada conduta, bem como o casuísmo delas inerente.

Critica-se, ainda, a elevação do patamar mínimo dos tipos básicos para seis anos, equivalente ao previsto para o crime de homicídio doloso simples, o que parece ainda mais descabido diante da diversidade de condutas encerradas na moldura representada no artigo 214 do Código Penal. Nesse sentido, parece inconcebível a idéia de que o ato de apalpar ou beijar alguém à força, já

classificado como atentado violento ao pudor, viesse a ser considerado hediondo, com todos os gravames que isso importaria ao agente.

O aumento desproporcional de penas é apenas um dos equívocos cometidos pela malfadada Lei dos crimes hediondos. As várias impropriedades jurídicas que lhes são freqüentemente apontadas já partem do critério adotado para a criação dos tipos hediondos, baseado exclusivamente na classificação legal. Esse problema é ainda agravado diante da imperfeição da própria redação da lei, como se verificará.

É certo que tanto o estupro como o atentado violento ao pudor são crimes graves, merecedores de séria reprimenda diante da repugnância que provocam. Contudo, o presente estudo se concentrará na análise do primeiro delito, enquanto conduta expressamente definida, limitada ao ato de *constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*.

3.2 Análise quanto ao crime de estupro

O critério utilizado para que uma conduta seja ou não considerada hedionda é o legal. Assim, caso o fato praticado constitua delito previsto no rol do artigo 1º da Lei 8.072/90, ao seu autor será aplicável tratamento severo, representado nas restrições próprias desse diploma.

A Lei 8.072/90 foi promulgada exibindo o seguinte texto em seu artigo 1º, *in verbis*:

São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº. 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

Trazendo a expressão *caput* ao lado do artigo 213, o legislador causava a impressão de que o mesmo dispositivo contivesse algum parágrafo. Ocorre que a Lei 8.072/90 foi promulgada no período da *vacatio legis* da Lei 8.069/90, que havia acrescentado um parágrafo único ao mencionado tipo penal, criando a

figura do estupro qualificado quando cometido contra menor de quatorze anos. Essa situação, como já mencionado, causou acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial, inclinando-se os julgados ao entendimento de que o parágrafo único do artigo 213 havia sido revogado tacitamente com a publicação da Lei dos crimes hediondos, em razão da incompatibilidade punitiva que passava a existir. Enfim, com a promulgação da Lei 9.281/96, que revogou expressamente o dispositivo qualificador do estupro, a questão foi definitivamente resolvida.

Já em 1994, com a publicação da Lei 8.930, a Lei dos crimes hediondos sofreu alterações que determinaram a redação que hoje se conhece. Especificamente em relação ao crime de estupro, lê-se, *in verbis*:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:
[...]
V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);
[...]

A modificação possibilitou a adequação do texto da lei especial à nova redação do Código Penal, entretanto, acabou por estimular outra discussão que já vinha tomando forma em torno da Lei 8.072/90: se o crime de estupro, ainda que cometido sem resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte, constituiria crime hediondo.

O Direito, enquanto ciência humana, convive naturalmente com divergências na interpretação e aplicação de seus institutos e normas. Nada obstante o amor que se tem aos embates, principalmente na esfera penal, fato é que existe uma peculiar dificuldade em se aceitar que a classificação de um fato como criminoso dependa, quase que exclusivamente, de tipificação objetiva. Nesse sentido, segue o comentário feito pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Edson Alfredo Smaniotto (2001, p. 10), em artigo sobre o tema:

Não é de hoje que a doutrina penal reluta em admitir que, no momento crucial da tipificação da conduta criminoso, considere-se tão-somente a sua adequação objetiva com o tipo descrito pela norma (mesmo com os argumentos da teoria finalista, que deslocou o elemento subjetivo da culpabilidade para o tipo), estabelecendo o que se houve por bem denominar "Tipo de culpabilidade".

O descontentamento é ainda mais evidente em casos como o da lei em questão, responsável pela atribuição da reprimenda penal mais gravosa do ordenamento jurídico brasileiro, por meio de um processo de simples indicação típica, especialmente quando esta se mostra imprecisa. Destarte, a imperfeição redacional do ponto de vista da técnica legislativa serve de fomento às críticas e contribui para o surgimento de diferentes interpretações, o que, no presente caso, implica em resultados práticos antagônicos.

3.2.1 Estupro considerado crime hediondo apenas em relação ao tipo qualificado

Parte da doutrina entende que somente as formas qualificadas do estupro possibilitam que o mesmo seja considerado crime hediondo. A justificativa parte da própria redação da lei, no que se refere ao emprego da expressão “e sua combinação com”, que teria o mesmo sentido de “combinado com”, expressão de uso corrente pela doutrina, na jurisprudência e até na lei.

Assim, ao apontar: “V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único”, a norma estaria indicando que somente as formas qualificadas previstas no artigo 223, *caput* e seu parágrafo poderiam ser consideradas crime hediondo. A função da conjunção aditiva “e” seria ligar o tipo básico com a previsão de suas qualificadoras. Explica Alberto Silva Franco (2005, p. 338-339):

Não se trata, portanto, de coordenação entre substantivos, mas de verdadeira subordinação de categorias diversas. O fato mesmo de o legislador não ter apostado o termo *caput* ao número dos artigos 213 e 214, como fez no inc. IV com o art. 159 e agora faz com o art. 223; e de não ter acrescido ao *nomen juris* a expressão *e na forma qualificada*, antes e fora do parêntese, como antes fez no inc. IV, denota que não está relacionando com o tipo básico (estupro e atentado violento ao pudor) as formas qualificadas do art. 223 e de seu parágrafo único, como se fossem figuras somadas, mas, ao contrário, está integrando a redação do tipo básico com as orações subordinadas que compõem o *caput* e o parágrafo único do art. 223.

Ainda no que se refere à redação da lei, o autor destaca a impropriedade técnica cometida pelo legislador que não usou de uniformidade quando descreveu os crimes que considera hediondos:

É assim que se tem: III – *extorsão qualificada pela morte* (art. 158, § 2º); IV - *extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada* (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º); V – *estupro* (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VII – *epidemia com resultado morte* (art. 267, § 1º) etc. Ora, se a redação diferente é imposta por situação diferente, não há o que criticar. Se, porém, a situação é a mesma, aconselhável é que o legislador use sempre a mesma redação, para que não haja interpretações díspares. Vença-se o receio da repetição gramatical, pois a linguagem técnica deve prescindir de apuros literários que prejudiquem o entendimento exato da lei.

Desse modo, quando se lê “extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º)”, por exemplo, não há dúvida de que o legislador quis conferir o caráter de hediondez ao crime de extorsão apenas quando dele resultar morte, uma vez que se preocupou em trazer essa hipótese por extenso e, ao explicá-la abrindo o parêntese, não escreveu “art. 158, *caput* e § 2º”, mas diretamente “art. 158, § 2º”. Bem como é certo que as quatro modalidades do crime de extorsão mediante seqüestro são crimes hediondos, pois houve referência expressa ao *caput*, após a citação “art. 159”, seguindo-se a conjunção aditiva que indica a soma deste com as formas qualificadas descritas nos parágrafos. Já ao tratar do crime de estupro, o legislador procedeu de modo diferente, dificultando a compreensão exata do que quis dizer.

A estrutura diferenciada para a descrição do crime de estupro serve de forte estímulo à disparidade interpretativa, ressaltando-se que, a modificação ocasionada pela Lei 8.930/94, retirando a expressão *caput* do lado do tipo básico fortaleceu a tese dos que defendem a hediondez apenas do delito adjetivado. Contudo, é importante lembrar que tal alteração objetivou tão-somente a adequação do tipo especial com o penal, como visto.

Ademais, argumenta-se que a referida expressão nunca acompanhou a indicação do artigo 214 e que sua aposição hoje, em qualquer dos casos, seria desprovida de sentido, uma vez que esses artigos não possuem incisos nem parágrafos.

A jurisprudência chegou a manifestar entendimento nesse sentido durante certo período, Confirmam-se os seguintes julgados:

Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da L. 8.072/90, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, *caput* e parágrafo único. Ordem concedida. (STF – 2ª Turma –

HC nº. 78305-4 de Minas Gerais – Rel. Min. Néri da Silveira – DJ 01-10-1999 PP-00030 EMENT VOL-01965-01 PP-00185);

Os crimes capitulados nos arts. 213 e 214 do CP, para serem considerados como crimes hediondos, devem resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte. Precedente. No caso, resultaram apenas lesões leves. O paciente deve cumprir a pena em regime inicialmente fechado. Na hipótese de concurso de agentes, o CPP contempla a possibilidade de um dos réus aproveitar a decisão proferida em recurso de outro, desde que os motivos não se fundem em caráter exclusivamente pessoal (CPP, art. 580). A decisão que o paciente pretende ver estendida não se fundamentou em aspectos de ordem exclusivamente pessoal. *Habeas* deferido. (STF – 2ª Turma - HC nº. 80479 do Rio de Janeiro – Rel. Min. Nelson Jobim – DJ 27-04-2001 PP-00061 EMENT VOL-02028-05 PP-00932);

Penal. Estupro e atentado violento ao pudor na forma simples. Não configuração de crime hediondo. Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º. 1. Segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor só podem ser considerados hediondos em caso de resultado morte ou lesões corporais de natureza grave. Precedentes. 2. Pedido de *Habeas Corpus* deferido para assegurar ao paciente o direito à progressão do seu regime carcerário. (STJ 5ª Turma – HC nº. 17.556 de São Paulo – Rel. Min. Edson Vidigal – DJ de 25/03/2002, p. 299).

A falta de uniformidade redacional, apesar de lamentável, pode ser explicada pelas condições em que uma lei é aprovada. Edison Miguel da Silva Jr., procurador de justiça em Goiás, justifica que “é impossível identificar a ‘intenção do legislador’, porque não existe ‘um’ legislador, mas vários que tomam parte na votação da norma, em um rito no qual apenas uma minoria sabe exatamente o que está sendo votado”. Tal fato, aliado ao caráter de urgência que envolveu a promulgação da Lei dos crimes hediondos, gerou reflexos na impropriedade técnica da norma e, conseqüentemente, na interpretação da mesma.

O posicionamento contrário à hediondez do tipo básico do estupro é fortalecido, ainda, por argumentos como os apresentados pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, ao longo das oportunidades em que o tema foi submetido à apreciação pela Suprema Corte. As considerações trazidas a seguir foram referidas novamente no julgamento do *Hábeas Corpus* nº. 82.959/SP, ocorrido em 23 de fevereiro do ano em curso, o qual declarou que condenados por crimes hediondos têm direito à progressão de regime, conforme se analisará em tópico específico.

O Ministro Marco Aurélio manifestou-se nos seguintes termos:

Devo dizer que somei o meu voto, no âmbito da Segunda Turma, ao do ministro Néri da Silveira, estabelecendo, numa interpretação para mim teleológica e sistemática, que a Lei nº 8.072/90 somente enquadra como hediondo os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor quando cometidos com grave lesão ou seguidos de morte. Ao assim proceder, considere a própria lei mencionada e, mais do que isso, a ordem natural das coisas, a impossibilidade de colocar, na mesma vala, o atentado violento ao pudor e o estupro - sem a grave lesão, sem a morte - e os crimes com essas qualificadoras. Não há como dar aos preceitos interpretação que leve à incoerência - o homicídio simples não é crime hediondo, mas o atentado violento ao pudor, sem as ocorrências citadas, o é. (STF. Ação Cautelar 504 de São Paulo. Rel. Min. Marco Aurélio - DJ 24/11/2004 P – 00014).

Já o Ministro Sepúlveda Pertence ponderou que:

Não consigo entender, para incluir mais um delito nesse rol infeliz dos crimes hediondos, ser necessário fazer referência – ainda que com uma redação, confesso, infeliz – à forma qualificada de um delito, se a forma simples já merecesse o fogo do inferno dos crimes hediondos. Compreende-se a referência qualificada, por exemplo, no inciso III do art. 1º, quando só se considerou crime hediondo o crime de extorsão qualificada pela morte. Se se referisse ao estupro simples como hediondo, obviamente não seria necessária a alusão à sua qualificação. [...] continuo convencido de não podermos cair em certa discussão de que o antônimo de crime hediondo, depois dessa infeliz criação da Constituição, é um crime formoso ao que se atribuiu, na forma simples, a mesma pena mínima do homicídio não qualificado, que não é crime hediondo, segundo a ótica do terrorismo penal da Lei nº 8.072. Não chego à anedótica inversão do conhecido conselho de um estadista brasileiro: “mata, mas não estupra”.⁴

À época em que julgamentos sob tais argumentos despontavam nas cortes superiores, passou-se a analisar outras conseqüências de se considerar que o estupro na modalidade menos gravosa não constitua crime hediondo. Um exemplo está na concessão de benefícios aos muitos presos provisórios e condenados por esse delito (direito à fiança, à liberdade provisória, possibilidade de anistia, graça e indulto).

Merece atenção, ainda, o aspecto da cominação da pena. Ora, como admitir que um réu cuja conduta esteja tipificada fora das hipóteses taxativas da Lei 8.072/90 seja punido com base em previsão disposta no artigo 213, do Código Penal, com a severa redação dada pela Lei dos crimes hediondos?

⁴ O trecho foi extraído do voto do Ministro Sepúlveda Pertence proferido no julgamento do HC nº. 81288/SC – Rel. Min. Mauricio Corrêa – DJ 25-04-2003 PP-00034 EMENT VOL-02107-02 PP-00262.

O Desembargador Edson Alfredo Smaniotto apresenta duas soluções para a questão: “reconhecer-se que a L. 8.072/90 seja híbrida, uma vez que, além da etiquetagem dos crimes hediondos, estabeleça, em paralelo, cominações a crimes que se situam fora do contexto”. Desse modo, estaria garantida a coisa julgada em relação às condenações definitivas. Ou entender que:

[...] o estupro e o atentado violento ao pudor, cometidos sem lesões graves ou morte da vítima, afastando-se por construção jurisprudencial do rol dos crimes hediondos, não permitem que réus sejam ou se mantenham condenados segundo a Lei Especial que jamais os teria como destinatários. Mesmo sem o fenômeno da repristinação, continuariam em vigor os art. 213 e 214, com a redação anterior ao advento da L. 8.072/90, cominando, ao estupro, a pena de reclusão de três a oito anos e ao atentado violento ao pudor reclusão de dois a sete anos.

Para Smaniotto esta seria a posição mais correta, porém, preocupante, uma vez que sua aceitação implicaria em, concomitantemente, admitir a possibilidade de que réus já condenados estejam sofrendo constrangimento ilegal decorrente do excesso de condenação.

Observe-se o seguinte julgado:

Na alteração da jurisprudência do STF, em benefício do jurisdicionado, é impositivo o deferimento de revisão criminal, atribuído efeito retroativo à modificação jurisprudencial, quer pela exigência pura e simples de aplicação da lei federal, quer por respeito ao princípio da igualdade de todos perante a lei. Mudança de jurisprudência sobre o crime de estupro e a lei dos crimes hediondos. Exclusão do tipo básico do estupro (art. 213, CP). Reconhecimento do direito a ser tratado em igualdade de condições. Revisão deferida. (TJRS – RvCr 70.002.052.959 – 4º G.C.Crim. – Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo – J. 22.06.2001)

Está claro, portanto, que interpretação nesse sentido ultrapassa a esfera da mera classificação de uma conduta dentre as diversas categorias penais, mas reflete diretamente na prática do direito, na vida do acusado e na própria sociedade, havendo de ser pensada, inclusive, sob o aspecto da segurança jurídica.

Com base nos argumentos expostos, acrescentando-se o fato de que uma interpretação extensiva da Lei dos crimes hediondos representa graves malefícios ao agente e, em tese, desrespeito à própria Constituição Federal; bem como diante da realidade dos estabelecimentos prisionais (na maioria das vezes superlotados) e da duvidosa eficácia do sistema punitivo brasileiro no que tange à

ressocialização do preso é que respeitáveis doutrinadores, como Alberto Silva Franco, manifestam-se contrariamente à atribuição do caráter de hediondez ao delito de estupro, independentemente da modalidade em que é praticado.

3.2.2 Estupro considerado crime hediondo tanto no tipo básico como no tipo qualificado

A impropriedade técnica na redação da Lei 8.072/90 é tamanha a ponto de possibilitar que os mesmos elementos apontados por uma corrente interpretativa, na defesa de que apenas as formas qualificadas do estupro constituem crimes hediondos, sejam utilizados por corrente contrária mediante as ponderações que se passa a analisar.

Defende-se que se a intenção do legislador fosse excluir do rol dos crimes hediondos a forma simples do delito de estupro, ele teria se reportado unicamente à forma qualificada, referindo-se ao estupro praticado com lesão corporal grave ou morte da vítima e, em seguida, indicado os respectivos dispositivos do Código Penal, tal qual fez em todo o texto do artigo 1º da Lei dos crimes hediondos. Nesse sentido, ao utilizar a conjunção aditiva “e”, o legislador intentou que todas as formas típicas dessa conduta ficassem enquadradas na categoria penal de crime hediondo (LEAL, 2003, p. 155-156).

João José Leal (2003), esclarece que, “embora a redação dos incisos em exame não seja gramaticalmente perfeita, é preciso reconhecer que o sentido do direito ali contido indica que tanto as formas básicas quanto as qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor são crimes hediondos”. Concluindo, afirma que os dispositivos “utilizam-se do *nomen juris* **estupro e atentado violento ao pudor**, como categoria típica genérica e não como forma específica a esses dois tipos em suas formas qualificadas pelo resultado”, e, só em seguida, faz referência à combinação dos artigos 213 e 214 com o artigo 223, *caput* e parágrafo único. Assim, por mais grave que seja o seu resultado hermenêutico, as duas formas típicas dessas infrações são hediondas.

Outro argumento suscitado está relacionado ao fato de o artigo 6º da lei em questão haver consignado o agravamento da pena cominada ao crime quando estabeleceu sua nova redação. Referido dispositivo estendeu expressamente aos artigos “213” e “223, *caput* e seu parágrafo único”, ambos do Código Penal, as

conseqüências repressivas dessa lei, sendo certo, portanto, que o crime de estupro, tanto em sua forma simples, prevista no artigo 213, como nas formas qualificadas pelo resultado (artigo 223, *caput* e parágrafo único), é considerado crime hediondo.

Não é diferente o posicionamento de Antonio Lopes Monteiro ao ressaltar o caráter hediondo do crime de estupro nas duas formas mencionadas, acentuando que “o critério da lei foi enumerativo”, não deixando margem a qualquer interpretação. Lembra ainda que, “talvez até o momento histórico que os comportamentos sexuais estão atravessando no mundo em face dos problemas originados pela AIDS possa haver influenciado o legislador” (MONTEIRO, 2002, p. 49).

O autor destaca outros pontos relevantes para a correta compreensão da norma, como o seu intuito de proteger a liberdade sexual, enquanto direito que tem a pessoa humana de dispor de seu corpo como melhor lhe aprouver, punindo a transgressão de conduta ética mínima que se espera do indivíduo diante da coletividade.

Os detentores desse posicionamento acrescentam à sua defesa o significado do crime perante a ótica da vítima. Argumenta-se que a hediondez do estupro não está nas seqüelas de ordem física que possa ter provocado na vítima, mas na prática do ato sexual sem o consentimento da mesma, sendo que o uso da violência é da própria essência do crime. Na verdade, não há um único bem a ser tutelado, uma vez que o delito atinge, além da liberdade sexual da mulher, sua integridade física, mental e, especialmente, emocional, o que torna inviável a atribuição de maior ou menor grau de repugnância à conduta pela ocorrência de lesões corporais ou morte. Tal entendimento foi externado pela Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias (2002), em artigo sobre o tema, no qual acrescenta que:

É evidente que não é a impossibilidade para o desempenho das ocupações habituais por mais de trinta dias ou a aceleração do parto, por exemplo, que fazem do estupro um crime "qualificado", sendo classificado como "simples" se resultar gravidez. Ora, não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas sim as seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida, ainda que de forma invisível. Como as lesões psicológicas são irreversíveis, afirmar que o estupro "simples" escapa à regulamentação da L. 8.072/90, além de evidenciar flagrante desrespeito à lei, também afronta aos princípios constitucionais

que asseguram a igualdade e veda a discriminação em razão do sexo. Igualmente deixa à mostra o descumprimento dos tratados internacionais, em especial a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que foi subscrita pelo Brasil.

As ponderações feitas pela desembargadora atacavam a então recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o *habeas corpus* nº. 78305/MG⁵ solidificou a posição de que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor apenas seriam considerados hediondos se resultassem em lesão grave ou morte da ofendida. Com esse intuito, justificou que a redução da hediondez à ocorrência de lesão grave ou morte “acarreta verdadeira banalização do delito”, acrescentando que a vítima acaba penalizada diante do abrandamento da incidência legal sobre o réu, operando-se “verdadeira violência institucional contra o direito penal”.

Contudo, o entendimento daquela corte foi alterado para considerar também o estupro em sua forma simples como crime hediondo (o mesmo vale para o crime de atentado violento ao pudor). Essa jurisprudência ficou consolidada, em 17/12/2001, pelo julgamento do *habeas corpus* nº. 81288/SC, tendo sido indeferido o pedido de redução de pena por um pai condenado por manter relações com filhas menores de idade durante um período prolongado.

Foram vencidos os Ministros Maurício Corrêa, relator, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio, que deferiam a ordem para assegurar ao paciente a comutação da pena, por considerarem que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor só se caracterizariam como hediondos se deles resultar lesão corporal grave ou morte. De sua vez, Os ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Nelson Jobim, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Sidney Sanches e Moreira Alves votaram pelo indeferimento do pedido por entenderem que a forma simples do estupro também deve ser considerada hedionda.

A mudança do entendimento implica em aumento das penas para esses crimes. Além disso, os condenados deixam de ter a possibilidade de obter os benefícios da anistia, graça ou indulto.

Confira-se a síntese do julgado segundo o site Consultor Jurídico:

⁵ Trecho da ementa citada a p. 40.

O ministro Velloso fez uma análise da redação do artigo 1º da Lei 8.072. Segundo ele, o legislador teve a intenção de classificar as duas formas como hediondas. A ministra Ellen Gracie reforçou o argumento. Afirmou que é preciso fazer uma leitura sistêmica e comparar o estupro com outros crimes tratados pelo dispositivo.

O relator do acórdão do *Habeas Corpus* 80479, que fixou a atual interpretação do Supremo sobre o assunto, ministro Nelson Jobim mudou seu posicionamento. Ele disse que anteriormente havia feito leitura isolada da lei e não interpretou corretamente o significado da conjunção "e".

Em seu voto, o ministro Celso de Mello citou os vários estudos nacionais e internacionais apresentados pela ministra. Os estudos apontam que os danos psíquicos advindos do estupro são mais contundentes e duradouros que os danos físicos.

Para o presidente do STF, o artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos demonstra que o legislador não tinha a intenção de considerar a forma simples como hedionda.

Durante o julgamento, o ministro Néri da Silveira afirmou que seu voto é baseado apenas na letra da lei. Ele lembrou que não é considerado hediondo o homicídio simples, crime contra o maior bem do homem, a vida.

O ministro Sepúlveda Pertence também fez críticas à Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) chamando-a de "terrorismo penal". "O contrário de crime hediondo deve ser crime formoso", disse ele, comentando sobre a discriminação de importância entre os crimes operada pela lei.⁶

O relator, Ministro Maurício Corrêa, não concordou com a mudança, porém foi vencido. Já o voto divergente proferido pelo Ministro Carlos Velloso, acabou por se tornar o voto condutor. Nele, além da análise textual da lei e referência aos argumentos já comentados, o Ministro consignou que, por óbvio que pareça serem hedionda as formas qualificadas de tais crimes uma vez os mesmos sejam assim considerados em suas formas básicas, a discriminação expressa de cada figura especificamente visa atender a princípio constitucional vigente no Direito Penal Brasileiro: o princípio da reserva legal, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", com base no que dispõe o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Nesse sentido, conclui que em tema de crime e de pena não é condenável, portanto, o excesso na tipificação.⁷

6 Fonte: homepage da Revista Consultor Jurídico, 2001.

7 O Ministro Carlos Velloso ainda firma o posicionamento no sentido de que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, na forma simples, são também hediondos citando os doutrinadores que assim entendem: o registro é de Damásio de Jesus — os seguintes doutrinadores: Delmanto, "Cód. Penal Comentado", Renovar, 5 cd., 2000, p. 412 e 417; Paulo José da Costa Júnior, "Curso de Direito Penal, Parte Especial", Saraiva, 1991, 111/4 e 5; Alberto Zacharias Toron, "Crimes Hediondos", São Paulo, RT, 1996, p. 99; Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, "Cód. Penal Anotado", RT, 28 ed., 1999, p. 694 (parte anotada por Cezar Roberto Bitencourt); Mirabete, "Cód. Penal Interpretado", Atlas, 2000, p. 1.268, n. 214.5 (referindo-se ao atentado violento ao pudor); Mirabete, "Manual de Direito Penal, Parte Geral", São Paulo, Atlas, 1998, 1: 135, n. 3.6.22; João José Leal, "Crimes Hediondos", São Paulo, Atlas, 1996, p. 24 e 76; Antônio Scarance

De seu turno, a Ministra Ellen Gracie advertiu que o estupro constitui espécie de delito que, “por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tão grande repulsa, que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo”. Além disso, a sociedade, em geral, tende a “relegar a uma semiconsciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas deste tipo de violência”. Em seguida, apresentou dados concretos acerca da violência contra a mulher, no tocante às doenças sexualmente transmissíveis, decorrentes do estupro praticado com ou sem violência, bem como em relação aos males de natureza psicológica, ressaltando a importância de se conhecer a real dimensão do problema. Nesse sentido conclui:

A violação do corpo humano tem, como se viu, altíssimo potencial de provocar um sem-número de graves moléstias físicas, disfunções orgânicas e traumas emocionais.

De tudo, é possível concluir que, não fora a expressa inclusão do delito, em sua forma simples, entre os que o artigo I da Lei n° 8.072/90 reputou hediondos, como procurei demonstrar no início deste voto, e, ainda assim, seria viável afirmar que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave.⁸

O julgado desenvolveu minuciosa análise da letra normativa, concluindo a maioria que, em síntese, a intenção do legislador ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva “e” foi de incluir ambas as formas delitivas no rol do artigo 1º da Lei dos crimes hediondos. Com relação à mudança na redação quando tratou do estupro, deve-se ao fato que, havendo feito referência às outras infrações na maioria das vezes apenas no tocante às suas formas qualificadas, querendo agora indicar também a forma simples do delito, não poderia seguir a mesma técnica. De outro lado, caso não desejasse incluir o estupro simples como crime hediondo, teria mantido a redação que vinha desenvolvendo, e a disposição relacionada a esse delito seria semelhante a que conferiu hediondez ao crime de “extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º)”.

Fernandes, “Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos”, São Paulo, 1993, p. 70, nota 2; Antônio José Miguel Feu Rosa, “Direito Penal, Parte Especial”, RT, 1995, p. 545. (Damásio de Jesus, “Estupro e atentado violento ao pudor, nas formas típicas simples, são hediondos”, in RT 789/506 e www.damasio.com.br, fev. 2001). O próprio Damásio deixa expresso que essa é a sua posição (“Cód. Penal Anotado”, São Paulo, Saraiva, 10a ed., 2000, p. 700). Lembra que, em sentido contrário, posiciona-se “Alberto Silva Franco — ‘Crimes Hediondos’, São Paulo, RT, 48 cd., 2000, p. 235”.

8 Os trechos do votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, proferidos no julgamento do HC nº. 81288/SC, encontram-se disponíveis na homepage do Supremo Tribunal Federal.

Após muita discussão acerca da correta classificação do crime de estupro⁹, quando praticado sem resultar em lesão grave ou morte da vítima, a jurisprudência, seguindo a doutrina majoritária e com base nos argumentos expostos, parece haver consolidado entendimento no sentido de que o delito, tanto na forma simples, quanto nas qualificadas, constitui crime hediondo.

3.2.3 Estupro cometido mediante violência presumida

Há três hipóteses especiais em que a lei dispensa a violência real, fazendo com que ela seja presumida (violência ficta), configurando-se o delito contra a liberdade sexual. Há como que um suprimento da exigência comum a esses crimes: o constrangimento ilegal, ou seja, o ato de forçar a vítima. No presente caso, entende-se que a ofendida não pode consentir, pelo menos não validamente, presumindo-se, pois, a ocorrência de violência. As hipóteses estão dispostas no artigo 224, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal e podem ser verificadas (DELMANTO, 2002, p. 481):

a. Se a vítima *não é maior de 14 anos*. Tanto na doutrina como na jurisprudência, a tendência é emprestar valor relativo, e não absoluto, à presunção [...]. Assim, a presunção pode ceder, por exemplo, se a ofendida já era corrompida, aparentava idade superior pelo seu desenvolvimento etc.

b. Se a vítima é *alienada* ou *débil mental*, e o agente *conhecia esta circunstância*. A alienação ou debilidade da ofendida deve ser de natureza tal que lhe retire a capacidade de consentimento ou de entendimento do ato sexual a que ela é submetida ou levada a praticar. Essa situação mental da vítima deve ser comprovada por perícia médica. A presunção de violência é relativa, pois o próprio dispositivo exige que o agente tenha efetivo conhecimento (“conhecia”) do estado anormal da vítima, não sendo suficiente o dolo eventual.

c. Se a vítima *não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência*. A presunção em razão da *impossibilidade* de resistir é ampla, pois se refere a “qualquer outra causa” (ex.: enfermidade física grave, embriaguez completa, narcotização etc.). Para alguns julgados, pode incluir o temor reverencial. No entanto, também esta presunção da letra c não é de caráter absoluto, sendo necessária prova segura de completa impossibilidade de oferecer resistência.

Há entendimento no sentido de que o referido dispositivo seja inconstitucional por desprezar a responsabilidade subjetiva, sendo intolerável a

⁹ Confirmam-se os quadros demonstrativos da evolução jurisprudencial sobre o tema junto ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça (ANEXO A) ao final do presente estudo.

responsabilidade objetiva no âmbito penal.¹⁰ No entanto, a orientação do Supremo Tribunal Federal é de que o caráter absoluto da presunção não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual.¹¹

A promulgação da Lei dos crimes hediondos deu ensejo a muitos debates, dentre eles, o referente à inserção do crime de estupro no rol dos delitos dessa natureza, como visto. Conseqüentemente passou-se a discutir se esse crime, quando cometido mediante a chamada violência ficta, também estaria revestido do caráter de hediondez.

Há quem entenda que a violência ficta (artigo 224 do Código Penal) não foi indicada expressamente no artigo 1º da Lei dos crimes hediondos, razão pela qual os delitos cometidos nas circunstâncias que a caracterizam não podem ser admitidos como hediondos. Nesse sentido, observem-se os seguintes julgados.

A obrigatoriedade de determinação do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, vedada a progressão, como previsto no § 1º do art. 2º da L. 8.072/90, não incide em condenação por crime de atentado violento ao pudor com violência presumida, pois tal delito não pode ser considerado hediondo, uma vez que a violência ficta não está arrolada expressamente no art. 1º da r. Lei. II – Ordem concedida em parte, determinando-se que o Tribunal a *quo* reexamine o regime de cumprimento de pena imposto ao paciente, afastando-se, desde logo, a incidência do art. 2º, § 1º, da L. 8.072/90." (STJ – HC 11350 – SP – 5ª T. – Rel. Min. GILSON DIPP – DJU 21.08.2000 – p. 00153);

A violência ficta, tanto no atentado violento ao pudor como no estupro, não está arrolada no art. 1º da L. 8.072/90. II – Afastado o óbice do art. 2º, § 1º da L. 8.072/90 (Precedentes do STJ). III – Matéria Constitucional não pode ser objeto do recurso especial. Recurso não provido e writ concedido de ofício para afastar o óbice do art. 2º, § 1º da L. 8.072/90." (STJ – REsp 279531 – SC – 5ª T. – Rel. Min. FELIX FISCHER – DJU 05.02.2001 – p. 00126)

Ademais, é preciso lembrar que até o ano de 2001 patrocinava-se amplamente a tese de que o crime de estupro apenas seria hediondo quando resultasse em lesão corporal de natureza grave ou morte da ofendida, ou seja, se praticado mediante violência real da qual resultasse lesão ou morte. Dessa forma, é natural que não se admitisse que o crime configurado com base na presunção da violência, fosse classificado como hediondo. Para os defensores dessa tese,

10 Nesse sentido: STJ, REsp 46.242, DJU 8.8.94, p. 19576, in RBCCR 8/227.

11 Nesse sentido: STF - HC 81268 / DF – DJ 16-11-2002 PP-00008 EMENT VOL-02052-02 PP-00274.

considerar o estupro praticado sob tais circunstâncias como sendo crime hediondo represente flagrante desprezo ao princípio da reserva legal. Confirmam-se ainda os seguintes julgados:

O crime de atentado violento ao pudor, praticado sem violência real, não é considerado hediondo e, portanto, admite a liberdade provisória. (TJMG – RSE 000.173.813-7/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. HERCULANO RODRIGUES – J. 08.06.2000);

Nos termos do art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90, somente o atentado violento ao pudor praticado com violência real (lesão corporal grave ou morte) é considerado hediondo, motivo pelo qual, perpetrado o delito com violência presumida, há possibilidade de progressão do regime prisional. Precedentes do STF e do STJ. (HC 13129/ SP Min. Rel. Fernando Gonçalves – 6ª Turma – 07/11/2000 – DJ 19.02.2001 p. 249).

Contudo, com o julgamento do *Habeas Corpus* nº. 81288, em dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que o estupro (bem como o atentado violento ao pudor), ainda que cometido em sua forma simples, ou seja, sem resultar em lesão grave ou morte da vítima, é crime hediondo. Uma vez que integram o tipo básico de estupro as condutas cometidas mediante violência real da qual não resultem lesão ou morte (ou resulte lesão de natureza leve), por meio de grave ameaça, ou de violência presumida (disposição geral disposta no artigo 224 do Código Penal), é forçoso admitir que o estupro praticado com violência ficta constitua crime hediondo. A jurisprudência alterou seu entendimento:

Apelação criminal. Estupro. Consentimento. Experiência sexual. Virgindade. Indiferença. Vítima menor de 14 anos. Estupro com violência presumida. Caracterização. Crime hediondo. Progressão de regime prisional. Impossibilidade. Matéria pacificada pelo STF e STJ.

A relação sexual praticada com menor de 14 anos configura-se crime de estupro com violência presumida, independentemente do consentimento da vítima.

O fato de a vítima não ser mais virgem ou de já ter experiência sexual não descaracteriza o crime de estupro, sendo a presunção de violência elidida apenas quando a vítima possui uma vida devassa ou é dada à prostituição.

Conforme entendimento pacífico do STJ e do STF, o crime de estupro e atentado violento ao pudor é hediondo, mesmo quando praticado na sua forma simples e presumida, devendo a pena ser cumprida em regime integralmente fechado. (TJRO – Apelação Criminal nº. 200.000.2003.008315-0. Rel. Desembargador Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes. 05.08.204);¹²

¹² O Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento no tocante à possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados por crime hediondo, conforme se analisará em tópico específico.

1. O crime de estupro ou de atentado violento ao pudor, ainda que na forma simples e mesmo com violência presumida, tem natureza hedionda.
2. Todavia, o Pretório Excelso, em sua composição plenária, no julgamento do HC n.º 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarou, em sede de controle difuso, inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos que veda a possibilidade de progressão de regime prisional aos condenados pela prática dos delitos nela elencados.
3. Tal entendimento, firmou-se na interpretação sistêmica dos princípios constitucionais da individualização, da isonomia e da humanidade da pena.
4. Afastou-se, assim, a proibição legal quanto à impossibilidade de progressão carcerária aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, tendo sido, todavia, ressalvado pelo Supremo Tribunal Federal, no mencionado precedente, que caberá ao juízo das execuções penais analisar os pedidos de progressão de regime prisional considerando o comportamento de cada condenado e o preenchimento dos demais requisitos necessários à concessão do benefício.
5. Recurso parcialmente provido apenas para, reformando o acórdão recorrido, reconhecer a natureza hedionda do crime de atentado violento ao pudor.
(STJ 5ª Turma – REsp. n.º. 822269 / MG – Rel. Min. Laurita Vaz – DJ 01.08.2006 p. 538).

Finalmente, cumpre ressaltar que o artigo 9º da Lei 8.072/90 estabelece que, no caso dos artigos “213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único” (formas qualificadas por lesão grave ou morte), “estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal”, as penas fixadas no artigo 6º da mesma lei “são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão”.

Essa previsão fomentou novo debate em relação à aplicabilidade da regra nela contida, relacionada ao aumento da pena nos casos em que os crimes forem perpetrados com violência ficta. Há manifestações defendendo a necessidade da presença do resultado morte ou lesão corporal de natureza grave para a incidência da majorante, por entenderem que o referido dispositivo se dirige às situações de combinação do artigo 213 com o 223, ambos do Código Penal. Nesse ponto, as controvérsias foram dirimidas no julgamento do *habeas corpus* 81288 pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, persistem dúvidas se a aplicação desse dispositivo acarretaria *bis in idem*.¹³

Para Celso Delmanto (op. cit., p. 158) a melhor interpretação consiste em considerar que o aumento de pena previsto no artigo 9º da Lei dos crimes hediondos apenas deverá ser aplicado havendo lesão corporal grave ou morte

13 Do latim: duas vezes sobre o mesmo; repetição. Refere-se à incidência de dupla penalização sobre um mesmo fato.

(“dada a expressa referência ao art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP”), caso contrário, sobre o acusado, já punido em virtude da presunção de violência prevista no art. 224 do CP, estaria recaindo nova punição.

Nesse sentido:

Não incide a causa de aumento da pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos em que a condenação por estupro ou atentado violento ao pudor funda-se apenas na presunção legal de emprego de força física ou intimidação moral (CP, art. 224), sem que haja reconhecimento da existência de violência real na prática desses ilícitos. (STJ 5ª Turma – HC nº. 46929/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - DJ 08.05.2006 p. 244).

Argumenta-se ainda que, verificado o resultado de lesão grave ou morte, está claro o emprego de violência, tornando-se desnecessário que se recorra à previsão do artigo 224 para alcançar a composição do tipo penal. Nesse caso o agente responderá pela natureza hedionda da conduta não em razão da violência ficta, mas pela violência real empreendida. Contudo, por força da ocorrência também de uma das hipóteses do referido dispositivo, terá sua pena majorada, consoante determinação do artigo 9º da Lei 8.072/90.

Por derradeiro, com fundamento respaldado por decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, há os que defendem a incoerência de *bis in idem* no acréscimo da pena aplicado ao autor de estupro praticado mediante violência presumida, uma vez que a presunção serviria tão-somente para integralizar o estupro simples, sem majorar a pena; já a majoração do artigo 9º, incide uma única vez e se deve à prática da conduta delitiva contra vítima em especial condição, o que lhe confere ainda maior grau de repugnância.

1. Paciente condenado à pena mínima de 7 anos e 6 meses de reclusão por atentado violento ao pudor (CP, art. 214) praticado contra menor com nove anos de idade (CP, art. 224, I: violência presumida) e sob o seu pátrio poder (CP, art. 226, II). Pena acrescida de metade, com base no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos [...] 2. A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9º da LCH). 3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não ocorrência de *bis in idem*. Precedentes. 3. Habeas-corpus

conhecido, mas indeferido. (STF HC nº. 74780 / RJ – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 06-02-1998 PP-00003 EMENT VOL-01897-02 PP-00269).

Importa salientar, contudo, o perigo de se conferir ao ato praticado sob as circunstâncias descritas no artigo 224 do Código Penal tratamento com base em uma interpretação exclusivamente legal – sendo que até esta gera divergências como visto. A questão referente a esses casos é que a vítima não pode exarar consentimento válido, de maneira que não necessariamente o ato sexual terá sido praticado contrariamente a sua vontade, apenas esta não poderá ser considerada para efeitos jurídicos. Daí condenar-se o agente às graves reprimendas da Lei 8.072/90, sem considerar as circunstâncias do caso concreto, pode significar enorme injustiça (e até inconstitucionalidade em razão da desproporção da punição e falta de previsão legal para alguns).

Recorre-se, nesse momento, ao bom senso do julgador, que não deve se limitar à letra da norma, mas julgar também de acordo os elementos práticos que envolvem o fato, buscando sempre adequar sua decisão ao momento histórico em que se encontra. Certo que, se a lei ofende o justo, autorizado está o juiz a ultrapassar o âmbito da lei em nome da busca da justiça.

4 A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS HOJE

Desde a sua promulgação, em 25 de julho de 1990, a Lei 8.072/90, que dispõe sobre os chamados crimes hediondos, enfrenta duras críticas, ocupando lugar cativo nas mesas de discussões (jurídicas ou não) em razão dos diversos pontos polêmicos que a ela se relacionam. As divergências envolvem basicamente a interpretação do texto normativo e temas relacionados à proporcionalidade, eficácia e até à constitucionalidade de algumas disposições.

Como abordado no início do trabalho, a lei surgiu para atender ao mandamento constitucional disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Magna Carta, que prevê importantes restrições ao autor de atos definidos como crimes hediondos. A definição de crime hediondo, assim, não parte da doutrina ou da jurisprudência, mas da própria Lei nº. 8072/90, que elencou um rol taxativo previsto em seu artigo 1º, segundo o qual são hoje considerados crimes hediondos: o homicídio, se for qualificado ou praticado por grupos de extermínio; o latrocínio; a extorsão qualificada pela morte ou mediante seqüestro; o estupro; o atentado violento ao pudor; a epidemia resultando morte; e a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Nas palavras do Ministro Nelson Jobim (2001), “a nomeação de hediondo é uma consequência da forma de tratamento, e não de um essencialismo entre ser ou não ser hediondo, ser ou não ser mais grave”.¹⁴ Nesse sentido, muita valia têm os dizeres da lei, seja no tocante à exposição das condutas que considera hediondas, seja na descrição do tratamento que lhes deve ser aplicado, pois esses fatores serão diretamente responsáveis por diferenciá-las dos chamados delitos comuns.

Foi buscando a rigorosidade exigida aos delitos capitulados como hediondos que a lei, estendendo o mandamento constitucional, pontuou serem os mesmos insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, determinando, ainda, que a pena por crime hediondo ou pelo chamado crime equiparado a hediondo (a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo) será cumprida integralmente em regime fechado. Em

¹⁴ HC 81288/SC, STF, Pleno, j. 28.11.2001.

seguida, limita o direito de apelar em liberdade à decisão fundamentada do juiz nesse sentido e prevê a possibilidade de prisão temporária (sobre a qual dispõe a Lei 7.960/89) pelo prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (artigo 2º, incisos I e II e §§ 1º a 3º, da LHC).

Denota-se, portanto, que as conseqüências legais previstas ao autor de crime hediondo são bastante graves, o que justifica o grande empenho despendido na defesa de que determinado delito não esteja enquadrado nas hipóteses do artigo 1º da lei, como se verificou no caso do estupro.

Mais do que a correta interpretação da norma e preservação de princípios constitucionais como o da legalidade e da proporcionalidade, além da adequação de suas disposições à realidade, os defensores da tese de que esse crime contra a liberdade sexual, quando cometido em sua modalidade simples, não está inserido no rol dos crimes hediondos buscam livrar o agente da incidência de tão sérias restrições.

4.1 Progressão de regime nos crimes hediondos

Encerrado o embate acerca da classificação penal da conduta – diante do mencionado julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal que admitiu o estupro como crime hediondo tanto na forma simples, como nas qualificadas—as discussões se concentraram nos gravames previstos pela lei propriamente ditos. Nesse sentido, o principal alvo das críticas dos operadores do direito passou a ser a imposição referida no artigo § 1º do artigo 2º da lei sob comento, relacionada à proibição da progressão de regime de cumprimento de pena ao condenado pela prática de crime dessa natureza.

Muitos foram os que levantaram a bandeira da inconstitucionalidade dessa regra e, de modo especial, Alberto Silva Franco (2005, p. 223 e ss.) sempre se mostrou ferrenho defensor dessa tese atestando, a violação aos princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena.

O autor explica que a relação entre o direito de liberdade do cidadão e o poder repressivo do Estado é regida, de forma imperativa, pelo princípio da legalidade, traduzindo-se, na prática, por algumas garantias de especial relevância. Nesse sentido, pondera que a garantia criminal se refere à necessidade de “prévia descrição legal, sem cláusulas gerais, do fato considerado

ofensivo a bens” e da explicitação da quantidade de pena cominável. Já a garantia processual se refere “à necessidade de reconhecimento do crime e da determinação da pena, através do devido processo legal”. Lembra que o princípio da legalidade deve ser observado também na fase de execução da pena, o que implica “o reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado pela administração prisional como se fosse um objeto”, uma vez que, “não obstante a perda de sua liberdade é ele ainda sujeito de direitos”.

No que se refere à vinculação do sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade com o princípio constitucional da individualização da pena, justifica que tal princípio garante “a todo cidadão, condenado num processo-crime, uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão”. Defende que, “embora a Carta Magna afirme que a ‘lei regulará a individualização da pena’, força é convir que a lei poderá dar parâmetros para a atuação judicial, mas não poderá, de modo algum, obstar que se realize a individualização punitiva”. Desse modo, lei ordinária que determine quantidade fixa de pena, ou que impeça a discricionariedade do juiz na sua aplicação ou não permita a atividade judicial no âmbito de sua execução “é lei inaceitável, do ponto de vista constitucional”.

Franco ressalta ser a execução da pena “o momento de maior concreção” da pena, de modo que o processo individualizador prossegue nessa fase processual, o que se dá por meio do sistema prisional progressivo (“diminuição que a intensidade da pena vai experimentando como consequência da conduta e do comportamento do recluso”). E conclui:

Excluir, portanto, o sistema progressivo, também denominado “sistema de individualização científica”, da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena. Lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade de nenhuma progressão atenta, portanto, contra tal princípio, de indiscutível embasamento constitucional.

Por fim, esclarece o porquê da ofensa ao princípio constitucional da humanidade da pena (art. 5º, III, XLVII e LXIX, da CF), justificando que a reprimenda executada com um único regime prisional “deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação” e, além dessa influência psicológica negativa, “desampara a própria

sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma dessocialização”.

Da maneira como fez, ou seja, proibindo qualquer progressividade no cumprimento da pena privativa de liberdade para deixar o recluso subordinado unicamente ao regime fechado, num estabelecimento prisional de segurança máxima, pondera o autor, o legislador teria deixado claro o significado da pena: “uma resposta estatal que paga o mal causado com um mal, de igual ou superior intensidade”.

O posicionamento defendido por Franco foi reforçado com a promulgação da lei de tortura (Lei nº. 9.455/1997), que passou a permitir a progressão de regime nos crimes de tortura, equiparados a hediondos. A partir de então inúmeras foram as tentativas de se estender a incidência dessa disposição aos crimes hediondos propriamente ditos. Alguns julgadores, com base no princípio da razoabilidade (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), ousavam flexibilizar o texto legal para, em casos concretos, afastar a proibição da progressão de regime, contudo, até 2004, o Supremo Tribunal Federal mantinha posicionamento firme no sentido de que os crimes hediondos não permitem progressão de regime, não havendo falar-se em inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei, bem como de que a lei de tortura só se aplicava à tortura.

Todavia, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 82.959-7, a Suprema Corte inverteu o seu posicionamento para declarar a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, passando a permitir progressão de regime no cumprimento de pena decorrente da prática de crime hediondo ou assemelhado.

Ressalta Luiz Flávio Gomes (2005, s.p.) que, em verdade, não havia um absoluto regime integralmente fechado de cumprimento de pena, uma vez que também nos crimes hediondos se admite o livramento condicional. Essa hipótese se verifica no caso de ser o réu primário, mediante o cumprimento efetivo de dois terços da pena. A proibição legal era dirigida, portanto, ao reincidente específico¹⁵ em crime hediondo, pois nesse caso não cabe livramento condicional.

Comenta-se que a nova composição do Supremo Tribunal Federal foi determinante para a mudança do entendimento que a Corte já trazia há tempos

¹⁵ A esse respeito há divergência de posicionamentos em que uns defendem dirigir-se a proibição apenas aos reincidentes em crime hediondo específico, enquanto outros consideram a reincidência havendo o réu praticado anteriormente qualquer crime dessa natureza.

(apenas no governo do Presidente Inácio Lula da Silva foram cinco as novas nomeações). Com a chegada dos Ministros César Peluzo, Carlos Ayres Britto e Eros Roberto Grau, a tese da inconstitucionalidade de que tomou frente o Ministro Marco Aurélio Mello, com o respaldo dos Ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes, obteve finalmente sucesso no Pretório Excelso, em 23 de fevereiro do ano em curso. Vencidos, sustentaram posicionamento contrário os Ministros: Carlos Velloso, Néelson Jobim, Celso de Melo, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

O Tribunal declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum*¹⁶, o que, na análise de José Eduardo de Lucena Farias (2006, s.p.), deu-se com base em três fundamentos: violação do princípio da individualização da pena; incoerência na Lei 8.072/90 e a ocorrência de derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97.

A primeira tese, conforme explicitado com base nas considerações feitas por Alberto Silva Franco, resume-se no desprezo de todo o comportamento do preso durante o cumprimento de sua pena, o que significaria negar sua capacidade de reintegração e a sua ressocialização, tratá-lo como inimigo e não como um cidadão, violando, portanto, o princípio da individualização da pena – que busca justamente meios para promover a recuperação do indivíduo, além da repressão de seu ato. Nos exatos termos do informativo publicado pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional (Informativo nº 417 disponibilizado na *homepage* do STF).

Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Ao mesmo tempo em que desconsidera o princípio da individualização da pena no §1º do artigo 2º, impondo o regime integralmente fechado para o seu cumprimento, admite, no artigo 5º, o livramento condicional.

16 *Incidenter tantum*, ou seja, gera vinculação apenas para as partes.

Este dispositivo acrescentou ao artigo 83 do Código Penal o inciso de nº. V prevendo a possibilidade de concessão de livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos desde que: Cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Não há sentido na proibição de um instituto em um dispositivo para em seguida, rechaçá-lo mediante a concessão de outro. Se a pena será obrigatoriamente cumprida em regime integralmente fechado nenhuma valia tem a previsão de livramento condicional. Nos dizeres de José Eduardo de Lucena Farias: “o legislador deve criar normas harmônicas, sob pena de não se poder aplicá-las”.

Finalmente, considerou-se que o §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 foi tacitamente derogado pela Lei 9.455/97, mais precisamente em razão do que dispõe o seu artigo 1º, § 7º: “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Discutiu-se que a disposição citada revogou §1º do artigo 2º da Lei dos crimes hediondos, porém, que a lei posterior apenas o teria feito expressamente em relação ao crime de tortura, para o qual o regime de cumprimento de pena passou de integralmente para inicialmente fechado.

Na defesa da derrogação tácita argumentou-se que a tortura é equiparada a crime hediondo pela Constituição Federal (artigo 5º, XLIII) ao prever tratamento legislativo idêntico para ambas as espécies. Desse modo, não poderia a lei infraconstitucional diferenciá-las, estabelecendo privilégios a uma e trato mais rigoroso à outra, sob pena de violar a garantia constitucional da proporcionalidade.

Antes mesmo do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959 o Supremo Tribunal Federal já havia concedido inúmeras liminares para afastar o óbice legal proibitivo da progressão de regime nos crimes hediondos. Dentre outros, podem ser mencionados os seguintes *habeas corpus*: 85.270, 85.374, 86.131, 84.122. Contudo, durante dezesseis anos, viu-se prevalecer a tese de que o §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 era constitucional.

Desse modo, a inversão do posicionamento predominante no Tribunal tem o condão de aumentar em muito o número de pedidos visando o afastamento da

proibição. Isso porque a mudança veio de forma limitada, uma vez que a decisão proferida tem caráter *incidenter tantum*, ou seja, tem aplicabilidade restrita ao paciente, impetrante daquele remédio. Não possuindo força vinculante, os juízes não estão obrigados a adotar o mesmo entendimento.

Ressalta-se que o julgado foi proferido em controle difuso de constitucionalidade, contudo a tendência é que ocorra a manutenção do novo entendimento em caso de controle concentrado. O resultado verificado foi de seis votos a cinco, sendo que o Ministro Carlos Velloso, integrante dessa minoria aposentou-se compulsoriamente, de modo que, mesmo com a chegada de um novo ministro, o *quorum* permanece favorável ao reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo.

Em contrapeso às declarações de concordância com a nova posição do Supremo Tribunal Federal, que consideram, especialmente, a inconstitucionalidade da proibição legal e o preso, como sujeito de direitos que preservarão sua própria dignidade enquanto pessoa humana, há os que rechaçam ou, ao menos, direcionam uma visão crítica à novidade jurisprudencial.

Os argumentos voltam-se agora para a posição da sociedade em meio a essa acirrada discussão. Ora, sendo a vida o maior bem jurídico a ser tutelado, necessária se mostra a disponibilização dos meios que promovam a sua manutenção, dentro os quais está a segurança pública – o mais valioso bem de uma sociedade, na medida em que somente uma coletividade que dispõe de proteção pode garantir o gozo dos direitos fundamentais e individuais dos cidadãos que dela façam parte.

Tomando por base a linha argumentativa dos votos vencidos no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959-7, defende-se a compatibilidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 com o atual ordenamento jurídico constitucional, uma vez que tal dispositivo se insere na disposição do artigo 5º, inciso XLIII, que prevê tratamento diferenciado a condutas que também não são comuns. Esse rigorismo, em verdade, encontra justificativa nos critérios do princípio da isonomia, bem como no novo conceito de razoabilidade, uma vez que na Justiça Penal estabeleceram-se regras de classificação dos delitos. Assim, aos chamados delitos de menor potencial ofensivo foram despendidas benesses legais, e, aos crimes hediondos, tratamento rigoroso.

Não se defende o tratamento desumano, e nem de longe é este o presente caso. Ocorre que o indivíduo a quem se dirigem as disposições da Lei dos crimes hediondos, com restrições amparadas no próprio texto constitucional, trata-se de autor de crime grave, horrendo, repugnante, asqueroso, que suscita indignação moral, de modo que não pode ser tratado como um qualquer.

Fábio Galindo Silvestre (2006, s.p.), comentando a decisão do STF, repele a fundamentação nela manifestada nos seguintes termos:

Ora, com a *devida venia*, tal tese é uma falácia. Primeiro porque toma o condenado individualmente considerado, esquecendo que as regras legais, conforme a mais elementar regra de Teoria Geral do Direito, ingressam no mundo jurídico dotadas de *generalidade* e *abstração*. Na seara penal, quando da fixação do regime de cumprimento de pena, o legislador estipulou critérios que, uma vez presentes, determinam o regime penal [...]. Logo, do mesmo modo que todos os condenados à pena igual ou inferior a quatro anos iniciarão seu regime em meio aberto, e todos os condenados à pena superior à oito anos iniciarão o cumprimento de pena em regime fechado, todos os condenados por crimes hediondos cumprirão sua pena em regime integralmente fechado.

Recorre às considerações feitas pela Ministra Ellen Gracie para lembrar que “é difícil admitir desse grande complexo de normas que constitui o arcabouço do instituto da individualização da pena e da sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto” e conclui justificando que não há se falar em afronta à Magna Carta uma vez que a regra da progressividade propriamente dita somente está prevista na legislação infraconstitucional (artigos 33 e 33, §2º do Código Penal). Nesse sentido, caso se considere a ocorrência de um conflito real de normas ordinárias, há que se invocar o critério cronológico (artigo 2º, §1º, da Lei de introdução ao Código Civil) segundo o qual deve prevalecer a nova regra prevista na Lei dos crimes hediondos (1990) sobre a do Código Penal (1940).

Observa-se, no entanto, que a lógica penal é mais uma vez atendida, conforme demonstra o autor:

[...] da mesma forma que os praticantes de crime cuja *pena in abstracto* seja superior à dois anos não tem direito à transação penal, os praticantes de crime cuja *pena in abstracto* seja superior à 01 ano não tem direito à suspensão condicional do processo, os que cometem crime com violência ou grave ameaça à pessoa não tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o condenado por crimes hediondos (os mais graves crimes do país), não tem direito à progressão de regime. [...] A lógica é perfeita e inexorável: a depender

da gravidade do crime, dependerá a severidade da sanção e do tratamento penal. Inconstitucional seria o inverso: permitir o mesmo tratamento penal para cidadãos que cometeram crimes tão distintos e violaram bens jurídicos em diferentes escalas do padrão social.

Reportando-se às críticas relacionadas à ineficácia do sistema prisional na recuperação do condenado, posto que não seria o tempo de permanência do mesmo encarcerado que garantiria a oferta de condições para a sua reinserção no convívio social, ao contrário, a falta de perspectiva do livramento antecipado apenas afastaria esse objetivo da pena. Ora, então os argumentos que definiram a decisão são motivados por valores humanitários que rebatem, em verdade, a falência desse sistema. O equívoco, pois, não está na Lei dos Crimes Hediondos, quando estabelece tratamento penal mais rigoroso e impõe o regime integralmente fechado, mas na estrutura do Estado, especialmente do Poder Executivo, e na elaboração das Políticas Públicas de Segurança, que se esquecem, por completo, dos apenados.

Além dos aspectos de ordem jurídico-social, analisam-se ainda as implicações processuais e de ordem prática. Renato Marcão(2006), em artigo sobre o tema, ressalta a necessidade de que o legislador se apresse em dar novo tratamento normativo à progressão de regime e ao livramento condicional, notadamente em se tratando de condenação decorrente da prática de crime hediondo ou assemelhado.

Explica que o a regra do artigo 83 do Código Penal subsiste, de modo que, permitida a progressão, o executado sairá do regime fechado para o semi-aberto, e deste para o aberto, escalonadamente, quando satisfeitos os requisitos. Ainda, estando a cumprir pena no regime aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado, poderá beneficiar-se com livramento condicional após o cumprimento de mais de 2/3 (dois terços) da pena aplicada, salvo se vedado o benefício (reincidência específica em crime hediondo ou assemelhado).

Contudo, na maioria das comarcas, não existem estabelecimentos próprios ao cumprimento de pena sob o regime aberto, sendo que a solução encontrada tem sido conceder, ainda que sem previsão legal, o albergue domiciliar, que, na prática, equivale à liberdade. Dessa forma, estando de direito submetido a regime que muito se aproxima da efetiva liberdade, ainda que preenchidos os requisitos para o pedido de livramento condicional, nenhum sentido existirá em assim

proceder, sendo muito mais vantajoso ao detento permanecer “cumprindo” sua pena.

Outra questão relevante diz respeito à falta de vagas nas instituições destinadas ao cumprimento de pena mediante regime semi-aberto. Diante dessa realidade, há quem defenda, completado o lapso temporal necessário, a transferência do preso diretamente para o regime aberto, sob pena de submetê-lo a constrangimento ilegal.

Imagine-se, pois, um condenado por crime hediondo diante dessa realidade, o que significa a possibilidade, em tese, da volta ao convívio social de um indivíduo condenado por crime grave, mediante o cumprimento efetivo de um terço (ou até um sexto) da pena que lhe foi destinada.

Luiz Flávio Gomes (2005), apesar de concordar com o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo legal, pondera que:

De qualquer modo, fica agora a pergunta: é justo que nos crimes hediondos, verdadeiramente hediondos, o condenado cumpra somente um sexto da pena e tenha direito à progressão de regime? Não seria o caso de se distinguir alguns crimes, exigir um pouco mais de cumprimento efetivo da pena, para só depois autorizar a progressão? Com a palavra o legislador que, se um dia se livrar de todas as CPIs, talvez encontre tempo para se dedicar a essa relevante questão.

Em um ponto, portanto, todos concordam: são necessárias mudanças urgentes. Espera-se, contudo, que apesar disso, sejam elas acertadas, equilibradas e eficazes.

4.2 Alterações previstas à Lei 8.072/90

Positivo ou negativo, o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal é um fato a que a legislação em benefício da ordem, da coerência e da segurança pública precisa se adequar.

Nesse contexto, em 09 de março do corrente ano, foi submetido à apreciação do Presidente da República pelo Ministro da Justiça, Márcio Tomaz Bastos, o Projeto de Lei, atualmente sob o nº. 6793/2006, que prevê alterações ao artigo 2º da Lei 8.072/90.¹⁷

17 Cf. exposição de motivos e modelo do PL 6.793/06 disposto no ANEXO B, ao final deste trabalho.

A proposição, enviada ao Congresso Nacional e em trâmite na Câmara dos Deputados sob o nº. 6793/2006 proíbe que condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e por terrorismo tenham direito a cumprir penas alternativas.

O mencionado projeto substitutivo também determina que esses criminosos iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado e só poderão progredir do para o semi-aberto depois de cumprirem metade da pena, caso sejam reincidentes, e um terço se primários, desde que cumprido, ainda, requisito subjetivo de apreciação do magistrado (hoje, basta cumprir 1/6 da condenação e receber um atestado de bom comportamento).

A respeito justifica-se que:

O prazo de um terço foi observado para que não se inviabilizasse a efetividade da progressão. O sistema de execução penal no Brasil se divide em três regimes de cumprimento de pena: o *fechado*, o *semi-aberto* e o *aberto*. Esse sistema pressupõe que o processo de execução seja dinâmico prevendo a progressão do regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, ou de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso (regressão), conforme o comportamento do condenado. Caso o período reservado a cada um dos regimes fosse a metade da pena total, por exemplo, e considerando que o condenado irá iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado, não apenas se impossibilitaria a progressão para o regime aberto, limitando o curso da progressão, e, por conseqüência, de regressão, mas o cumprimento de pena no regime semi-aberto diminuiria sensivelmente, posto que o condenado tem direito ao livramento condicional depois de cumpridos dois terços da pena. Assim, entende-se que um prazo maior dificultaria ou inviabilizaria a execução da pena nos regimes intermediários e com prometeria o dinamismo necessário para que sua individualização seja, efetivamente, respeitada (Boletim disponibilizado na *homepage* do Ministério da Justiça, 2006, s.p.).

Segundo o Ministro responsável por sua elaboração, o projeto propõe ainda, no que se defende tratar-se de adequação da norma à jurisprudência e aos princípios constitucionais (referente à não-culpabilidade e devido processo legal, limitando a atuação repressiva estatal), o restabelecimento do caráter instrumental da prisão preventiva (representado pela necessidade prática da medida para a instrução processual), sanando o vício presente no art. 2º, II da Lei 8.072/90, adaptando a norma aos princípios constitucionais e entendimento das instâncias superiores do país.

Dessa forma, preserva-se o poder geral de cautela do juiz, que decidirá se os acusados dos crimes previstos na Lei nº 8.072, de 1990, poderão

ou não responder ao processo em liberdade. Pretende-se, com isso, evitar os efeitos negativos da privação de liberdade quando, diante do exame das circunstâncias do caso concreto, a medida se mostrar eventualmente desnecessária (EM – PL 6.793/2006).

Referido projeto foi aprovado, com substitutivo, pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado.

De autoria do deputado Fleury, o substitutivo também determina que esses criminosos só poderão progredir do regime fechado para o semi-aberto depois de cumprirem 2/3 da pena e serem aprovados em exame criminológico.

Segundo a proposta, os réus condenados por crime hediondo aguardarão o julgamento de recurso presos e não terão direito a saídas temporárias. Indica, ainda, modificações no Código Penal, aumentando de 2/3 para 4/5 da pena o prazo mínimo exigido para a concessão de liberdade condicional.

O texto apresentado pelo Poder Executivo autorizava a concessão de liberdade provisória, proposta que foi eliminada pelo substitutivo sob o argumento de que contrariava a exigência constitucional sobre a destinação de um tratamento legislativo severo aos crimes hediondos e aos a ele equiparados.

Acrescentou-se também menção à exigência de exame criminológico, eliminado pela Lei 10792/03 e cujo objetivo é avaliar o potencial dos presos para cometer crimes, com base no laudo de uma comissão técnica de classificação, bem como adequar a execução da pena à personalidade do preso, possibilitando a incidências de benefícios sobre os seus méritos, sendo de grande valia na apreciação de cada caso pelo juiz.

Em relação à previsão no sentido de que o criminoso que cumprisse 1/3 da pena teria direito à progressão de regime e deixava a cargo do juiz decidir se o réu poderia recorrer da condenação em liberdade, justificou Fleury que "o projeto original significaria pouco avanço em relação à situação atual e continuaria implicando impunidade; por isso apresentei o substitutivo".

O Projeto de Lei 6.793/2006 tramita em regime de prioridade e ainda será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Em seguida, será votado pelo Plenário.¹⁸

¹⁸ Fonte: homepage da Câmara dos Deputados.

5 QUANDO A VÍTIMA É A MULHER

Constituição Federal dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, garante-lhes “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, reforçando, em seguida que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (artigo 5º e artigo 5º, inciso I).

No âmbito internacional também é marcante a atuação para que haja tratamento igualitário entre homens e mulheres, enquanto sujeitos de direitos. Nesse sentido, tratou-se de explicitar a inserção das garantias destinadas à mulher no conjunto dos direitos humanos – a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, Áustria, em junho de 1993, no artigo 18 de sua Declaração, reconheceu que:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais [...]. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual [...] são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas [...] Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas [...], que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher.

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já defendia a não discriminação sob as bandeiras da liberdade, igualdade e dignidade do ser humano. Finalmente, os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos-Econômicos e Sociais exigem que os Estados efetivem meios que garantam ao homem e à mulher a igualdade no usufruto dos direitos.

Ocorre que a mulher sempre foi considerada como ocupante de um patamar inferior, devendo obediência e submissão ao homem, pois não era vista como sujeito de direitos, ao menos não em sua plenitude.

No Brasil, por exemplo, são relativamente recentes as manifestações no âmbito legal tendentes a reconhecer a igualdade entre homens e mulheres. Mais propriamente, foram firmadas pela Constituição Federal de 1988, contudo, as normas infraconstitucionais ainda apresentam resquícios da longa era de diferenciação entre os sexos.

A legislação civil, especialmente no que tange ao direito de família, apenas em 2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, eliminou disposições gritantemente discriminatórias à mulher. A título de exemplo, alteraram-se termos amplamente difundidos como “pátrio poder”, para “poder familiar”, extinguiu-se o antigo regime dotal, verdadeira afronta à dignidade feminina e passaram a vigorar dispositivos que elevam o senso de igualdade.

Na esfera penal não é diferente, principalmente diante de um corpo de normas vigente há mais de seis décadas. O delito de estupro, por si só, estabelece uma diferença drástica dos demais: os sujeitos ativo e passivo estão pré-determinados e, em regra, só podem ser o homem e a mulher respectivamente. A preocupação na tipificação dessa conduta, o que pode até aparentar o dispêndio de tratamento desigual, na realidade significa a tentativa de igualar a condição da mulher, que por séculos viu-se rebaixada, a do homem.

Especialmente no que tange aos crimes sexuais, observa-se a existência conceitos valorativos que influenciam para que a vítima acabe sendo exposta a uma verdadeira investigação e, só então, se passe a analisar os elementos fáticos configuradores do delito.

Durante muito tempo a lei fez referência expressa a esses fatores de valoração ao indicar, por exemplo, tratamentos distintos quando a vítima fosse virgem ou se tratasse de “mulher honesta” ou de uma prostituta, o que servia para diluir a culpabilidade do agente. Isso demonstrava que o tratamento dado aos envolvidos na conduta criminosa (autor e vítima) não era imparcial, como ocorre nas demais figuras delitivas, mas que o fato já chegava aos aplicadores do direito envolto por uma série de conceitos e valores. Essa realidade pode ser verificada quando comparado o tratamento destinado à vítima no caso de crime cometido contra uma criança, em que em regra não há essa valoração, e no caso de crime cometido contra uma mulher adulta.

Uma agravante à dificuldade de aferição de como realmente se deu a prática criminosa reside no fato de se tratar de delito cometido às ocultas. A falta de testemunhas favorece para que a defesa recorra a argumentos relacionados à personalidade da vítima e do autor, na tentativa de demonstrar que aquela tem vida desregrada, havendo consentido para o ato. Nesse diapasão, o estupro apresenta uma situação inusitada, em que a vítima precisa provar que não é culpada, submetendo-se a um verdadeiro julgamento moral, o que representa um

desrespeito a sua dignidade. Aliás, vale lembrar que o estupro está inserido no título "Dos Crimes contra os Costumes" e não naquele "Dos Crimes contra a Pessoa".

Apesar de o tipo penal não fazer referência ao termo "mulher honesta", como até pouco tempo se verificava em outras disposições dessa natureza, a mulher, embora vítima é verdadeiramente averiguada durante o processo no intuito de se apurar a idoneidade de seu relato. Para tanto, não há como negar a influência de sua reputação sexual, bem como de outros fatores (o fato de conhecer o autor antes da ocorrência do fato ou de ter mantido relacionamento amoroso com o mesmo, de não manifestar comportamento incoerente com a alegação do não consentimento para a prática daquele ato etc.), para que a ofendida, alcance credibilidade perante o julgador e possa exercer o direito de ver aplicada a jurisdição à sua contenda (como se não bastasse a repugnância característica desse crime, o que por muitas vezes faz com que a própria vítima prefira ocultá-lo).

Outra evidência de que a justiça mantém um viés discriminatório e preconceituoso quando a vítima é a mulher está representada nas questões que envolvem a Lei 8.072/90.

Como abordado, referida lei cuidou de qualificar certos crimes como hediondos, majorando suas penas e dirigindo-lhes restrições, como a proibição de progressão de regime de cumprimento de pena.

Em uma flagrante demonstração de desconsideração da vítima e do propósito de defesa da sua liberdade sexual e preservação de sua dignidade enquanto pessoa humana, pôs-se em dúvida, então, a classificação de crime hediondo atribuída ao estupro praticado em sua modalidade simples.

A título ilustrativo, observe-se a seguinte informação extraída de estudo baseado na análise de processos judiciais envolvendo estupro (PIMENTEL, SCHRITZMEYER e PANDJIARJIAN, 1998)

:

Na maioria das agressões não foram utilizados instrumentos como armas ou outros objetos. É altamente provável que a maior força física do homem e a intimidação pelo uso da violência psicológica sejam, então, os principais fatores determinantes para neutralizar a resistência da mulher ao domínio de seu algoz.

Felizmente, a Supremo Tribunal Federal, após acalorada discussão, pacificou entendimento de que o crime, tanto na forma simples, quanto nas qualificadas, constitui crime hediondo, o que fez levando em consideração dados como o acima exposto e o fato de que não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas sim as sérias seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida, ainda que de forma invisível.

A Ministra Ellen Gracie fez referência ao mencionado estudo em seu voto para alertar que:

Á violência sexual do estupro, enquanto violência de gênero é fenômeno praticamente universal. Contudo não é inevitável e muito menos incontrolável, Como demonstram estudos transculturais, as relações entre os sexos e as políticas dos sexos diferem radicalmente de sociedade para sociedade, sendo em muito determinadas por complexas configurações de arranjos econômicos, políticos, domésticos e ideológicos.' As autoras lembram que 'a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário não se comportam de forma criativa e ativa em relação a providências que poderiam melhor garantir a efetividade do processo legal' e enfatizam a necessidade de sensibilização quanto à questão de gênero dos operadores do Direito (STF - HC 81288/SC).

A discussão foi superada, contudo, acredita-se que não seja a classificação penal do delito o fator preponderante ao seu combate. Este servirá basicamente à definição do correto tratamento que lhe será administrado. A questão está na consciência sócio-cultural que se tem daquela conduta. Observe-se outro dado informativo do referido estudo:

Inexiste um só tipo de estupro e o mais comum é o de indivíduos com uma orientação e vida normais. Não prevalece, portanto, a idéia de que o estupro seja necessariamente um "anormal", portador de uma patologia como muitos acreditavam. A maioria dos agressores é de jovens até 30 anos. A maioria absoluta das vítimas não tinha 18 anos e era virgem à época do estupro, sendo que muitas foram violadas, reiteradamente, desde crianças, por seus próprios pais e padrastos. A violência sexual doméstica do estupro, principalmente por parte dos próprios pais, parece não ser percebida por eles mesmos como algo hediondo e de graves repercussões no desenvolvimento biopsicossocial das meninas e adolescentes. Este fato aponta para a necessidade de providências quanto a políticas públicas na área da educação e cultura, visando a erradicação desse tipo de comportamento. Os aspectos psicológicos e jurídicos da problemática merecem também maior atenção.

Em complemento, ressalta-se o problema da morosidade da justiça, agravado pelos fatores que possibilitam o não efetivo cumprimento da pena, estimulando a sensação de impunidade, além de contribuir para uma visão minimalista do ato criminoso.

Recentemente, como visto, declarou-se a inconstitucionalidade da previsão feita pelo artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90 (proibição da progressão de regime de cumprimento de pena). Ora, que a lei é tecnicamente imperfeita não se discute, mas querer compensar eventual desproporção na cominação de penas por meio de benesses processuais ao preso não parece ser a melhor solução.

O caminho até então traçado tende à banalização da concepção de crime hediondo, a qual, já tendo nascido vacilante, periga culminar em um corpo normativo ameaçador apenas no papel, porém, ineficaz ao fim a que se propôs (dar resposta severa a condutas gravíssimas).

A mulher, enquanto vítima de estupro, crime hediondo, mais uma vez assiste o retrocesso de uma custosa conquista: a garantida da liberdade de dispor como bem entender de seu próprio corpo.

CONCLUSÃO

A primeira parte do trabalho buscou demonstrar o significado de se classificar uma conduta como hedionda. Como foi abordado, a Lei 8.072/90 foi nascida como uma resposta severa aos altos índices de violência e enorme sensação de insegurança que acometiam a sociedade brasileira. Vista como a última esperança, o remédio para o mal que a cada dia se agravava e diante da urgência em que foi aprovada e promulgada, natural que culminasse em decepção, o que fica evidente nas inúmeras críticas que a ela se dirigem.

Ora, a violência apenas aumentou nos últimos anos, a sensação de insegurança é cada vez mais presente. Enfrentam-se ataques declarados de grupos criminosos organizados enquanto sucumbem as instituições públicas, cada vez menos organizadas, os valores políticos, sociais e morais.

A violência sexual presente no crime de estupro relaciona-se diretamente ao gênero violência, à tolerância com que é vista e o modo e intensidade com que é repelida. A sociedade vem evoluindo na concepção que se tem em torno da mulher e no tocante aos aspectos relacionados a sua liberdade enquanto sujeito de direitos. Diante desse quadro e da repugnância característica desse crime, optou-se por sua inclusão no rol dos chamados crimes hediondos.

Em princípio, concorda-se que a referida classificação. Se existe um sistema de organização das condutas criminosas de acordo com a sua gravidade, repulsa, repugnância que causam, sem dúvida o crime de estupro deve ocupar posição elevada. Contudo, outros fatores são discutidos e se devem ao critério adotado para a classificação dos crimes dessa natureza.

Como foi visto, o legislador utilizou o critério legal – rotular figuras típicas pré-existentes como hediondas, em uma perigosa atribuição objetiva da hediondez (se está no rol do artigo 1º da Lei 8.072/90 é crime hediondo). Tal fato aliado à imperfeição técnica normativa bastou para gerar enorme polêmica em torno de qual seria a correta classificação do estupro, no lamentável exercício do “o que o legislador quis dizer foi...”.

A discussão foi acirrada, de modo que nem os membros dos tribunais superiores se entendiam, até que em 17 de dezembro de 2001 o tema foi pacificado no sentido de que o estupro, tanto praticado em sua modalidade simples, como nas formas qualificadas, é crime hediondo.

Conclui-se se tratar da melhor classificação, porquanto se pune no estupro o ato de constranger a vítima à prática da conjunção carnal, nisso se concentra a repugnância da conduta e não meramente nos resultados de ordem física que ela pode provocar. Estes, indubitavelmente, constituem agravantes, porém, como foi visto, a referida lei busca punir o crime de estupro enquanto delito complexo, que atenta contra a liberdade sexual da mulher, violando ainda a sua integridade física, mental e moral.

Destacou-se que, em verdade, as conseqüências de ordem psicológicas normalmente são ainda mais graves e, muitas vezes, irreversíveis. Nesse sentido, a finalidade da norma não está na punição apenas da lesão corporal de natureza grave ou na morte que resultou do estupro, mas do próprio estupro, ato odioso, repulsivo, repugnante, características do qualificativo *hediondo*.

Sabe-se, todavia, que a classificação de um delito como hediondo está longe de significar a solução para o seu combate. O estuprador muitas vezes não concebe o ato que pratica como hediondo, sendo fundamental à erradicação desse tipo de comportamento o implemento de políticas públicas na área da educação e cultura.

No entanto, trata-se de crime e grave, de maneira que se lhe deve aplicar uma resposta. Com a classificação penal empregada o crime passou a receber duras penas. Antes mesmo de se entrar no mérito da eficácia desse tipo de resposta no caso específico desse crime é preciso considerar que essa é a realidade do sistema jurídico brasileiro – criminoso deve ir para a cadeia – e muito se despende na sua aplicação.

Ocorre que não raramente as penas não são efetivamente cumpridas, os processos são lentos, a investigação deixa a desejar e, mesmo quando condenado as oportunidades oferecidas pela sistemática penal (basta se lembrar da máxima *in dubio pro réu*, amplamente difundida) para o alcance antecipado da liberdade são fartas. Nesse ponto são retomados valores constitucionais básicos como a garantia da liberdade e da dignidade da pessoa humana, curiosamente deixados em segundo plano quando a ótica é a da vítima, no que demonstra tratar-se de grave inversão de valores.

Pois bem, mas neste caso teria sido feita a justiça, pois o estupro é considerado finalmente crime hediondo. Contudo, não é o que se vê na prática. Determinada a aplicação da Lei 8.072/90, passou-se ao ataque frontal das regras

nela impostas, até que se conseguiu ver reconhecida em fevereiro deste ano a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime de cumprimento de pena, caindo por terra a expectativa de resposta severa à conduta hedionda.

Concorda-se com a fundamentação no sentido de que o crime hediondo só existe para tratar de uma classe de condutas diferenciadas e merecedoras, portanto, de um tratamento especial. Se a norma deixa a desejar no critério utilizado para a inserção das figuras típicas no rol dos crimes dessa natureza ou se as penas previstas são desproporcionais, que se consertem as bases e se cortem os braços, pois assim é que a lei não alcançará eficácia alguma.

Embora criticável, a decisão foi tomada e as atenções se voltam agora para os seus efeitos práticos. Demonstrou-se que, diante da atual sistemática em que se permite a progressão de regime, um preso pode alcançar regime mais benéfico após apenas um sexto de efetivo cumprimento da pena, fato preocupante quando se considera a condição de um autor de crime hediondo. Nesse sentido, propostas já tomam forma para a adequação da legislação à realidade construída pelo novo entendimento jurisprudencial.

As alterações são de fato necessárias. Espera-se, contudo, que representem parte da solução e não simplesmente manobra de improviso que pouco efeito funcional significará, pois o que se observa há tempos é a conhecida situação em que o cobertor é pequeno demais – para que cubra a cabeça, descobre os pés.

A mulher, enquanto vítima de estupro, terá duas grandes batalhas pela frente: ter a coragem de denunciar a violência que sofreu, submetendo-se também a julgamento, porém de cunho moral, e ver ser punido o seu agressor.

BIBLIOGRAFIA

AMÊNDOLA NETO, V. **Crimes hediondos**: lei 8.072, de 25 de julho de 1990. São Paulo: LED, 1997.

ARDAILLON, D.; DEBERT, G. **Quando a vítima é mulher**: Análise de julgamento de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – Ministério da Justiça, 1987.

BEMFICA, T. V. **Crimes hediondos e assemelhados: questões polêmicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004, 4. v.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Lei de imprensa, crimes hediondos, abuso de autoridade**: (obra recomendada pelo Prof. Damásio E. de Jesus para concursos jurídicos). 4. ed. São Paulo: MPM, [199-].

DELMANTO, C. et al. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, M. B. **Estupro: um crime duplamente hediondo**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. n. 11. dez-jan. 2002, p. 51.

FARIAS, J. E. de L. **Progressão de regime nos crimes hediondos** (HC n. 82.959). Teresina: Jus Nvigandi, ano 10, n. 999, mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8160>> Acesso em: 23 ago. 2006.

FRANCO, A. S. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, L. F. **A nova lei de tóxicos no país e a situação dos usuários**. Revista Consultor Jurídico, out. 2002. Disponível em <<http://www.nossacasa.net/recomeco/0103.htm>> Acesso em 03 jul. 2006.

LEAL, J. J. **Crimes hediondos**: a lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

_____. **Crimes hediondos: aspectos políticos-jurídicos da Lei nº. 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Estupro e atentado violento ao pudor como crimes hediondos**: desencontro entre a hermenêutica doutrinária e a jurisprudencial. IBCCRIM. Boletim nº. 135. Ano 11, fev. 2004.

- MARCÃO, Renato. **Livramento condicional em crimes hediondos e assemelhados após a declaração de inconstitucionalidade do regime integral fechado** (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8073>> Acesso em: 20 mar. 2006.
- MIRABETE, J. F. M. **Manual de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MONTEIRO, A. L. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OMISSÃO. In: KOOGAN, A. **Enciclopédia e dicionário ilustrado**. Rio de Janeiro: Delta, 1997, p. 1170.
- PÁDUA, K. R. de. **Estupro: crime contra os costumes ou crime contra a pessoa?** 2000. Monografia. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.
- PANDJIARJIAN, V.; PIMENTEL, S.; SCHRITZMEYER, A. L. P. **Estupro: direitos humanos, gênero e justiça**. São Paulo: Revista da USP, v. 37, p. 58-61, 1998. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Biblio/txt/silvia.html>> Acesso em: 29 jul. 2006.
- SILVA JR, Edison Miguel da. **Quando o estupro não é crime hediondo**. Uberaba: Boletim Jurídico. n. 77. ano 2, 2004. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=262>> Acesso em: 1 set. 2006.
- SILVA, T. A. D. **Crimes Sexuais: reflexões sobre a nova lei nº. 11.106/2005**. Leme: J. H. Mizuno, 2006.
- SILVESTRE, F.G. **Comentários à decisão do STF no HC 82.959-7: Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos**. Jus Navigandi. Teresina, ano 10, n. 975, 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8056>>. Acesso em: 01 set. 2006.
- SMANIOTTO, E. A. **Estupro e atentado violento ao pudor**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 5, dez-jan. 2001, p. 10.
- SZNICK, V. **Crimes sexuais violentos: violência e ameaça, pudor e obsceno, desvios sexuais, raptos e estupro**. São Paulo: Ícone, 1992.
- VIGARELLO, G. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX; tradução Lucy Magalhães**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Dos crimes contra a liberdade sexual. In: _____. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, cap. 30. p.757-797.

ANEXOS

ANEXO A

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO	T	RELATOR	JULGAMENTO	PUBLICAÇÃO	OBSERVAÇÕES
HC 16.750/Ri	5'	Edson Vidigal	20/9/2001	22/10/2001	Desnecessidade de resultar morte ou lesão corporal grave
RESP 246,479/GO	5'	Felix Fischer	6/9/2001	15/10/2001	Estupro ou atentado violento ao pudor com violência real ou grave ameaça, na forma básica, são crimes hediondos
RESP 279.434/SC	5'	José Arnaldo/Felix Fischer	6/4/2001	1º/10/2001	Estupro ou atentado violento ao pudor com violência real ou grave ameaça, na forma básica, são crimes hediondos
R.ESP 279.8 18/SC	6'	Harnikon Carvalhido	5/6/2001	24/9/2001	Estupro e atentado violento ao pudor, somente quando resultem morte ou lesões corporais de natureza grave, são considerados hediondos.
HC 16.830/SP	5'	Gilson Dipp	21/8/2001	17/9/2001	Inadmitte-se progressão de regime em se tratando de estupro ou atentado violento ao pudor com violência real, na forma básica.
HC 1 6.25 7/SP	5'	Felix Fischer	2/8/2001	10/9/2001	Estupro ou atentado violento ao pudor com violência ficta não constituem crimes hediondo.
HC 17.195/DF	6'	Vicente Leal	7/8/2001	3/9/2001	Estupro e atentado violento ao pudor, somente quando resultem morte ou lesões corporais de natureza grave, são considerados hediondos.
HC 16.782/GO	5'	José Arnaldo	19/6/2001	3/9/2001	Estupro ou atentado violento ao pudor com violência ficta não constituem crimes hediondo.

NC 16.710/RJ	6'	Fernando Gonçalves	19/6/2001	13/8/2001	Estupro e atentado violento ao pudor, somente quando resultem morte ou lesões corporais de natureza grave, so considerados hediondos.
HC 15.416/RJ	5'	Ousou Dipp .	15/3/2001	23/4/2001	Estupro ou atentado violento ao pudor com violencia ficta no constituem crimes hediondo.
HC 14.044/MO	5'	Jose Arnaldo	1013/2001	29/4/2001	Estupro e atentado violento ao pudor, somente quando resultem morte ou lesões corporais de natureza grave, são considerados hediondos.
FIC 14.287/DF	5	José Arnaldo	17/10/2000	20/11/2000	Estupro e atentado violento ao pudor, mesmo na sua fonna simples, so considerados hediondos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROCESSO	T	RELATOR	JULGAMENTO	PUBLICAÇÃO	OBSERVAÇÕES
HC 80.479/Ri	2	NelsonJobim	5/12/2000	27/412001	Estupro e atentado violento ao pudor, somente quando resultem morte ou lesões corporais de natureza grave, sAo considerados hediondos.
HC 80223/RJ	2	Nelson Jobini	15/8/2000	13/10/2000	Estupro e atentado violento ao pudor, somente quando resultem morte ou lesões corporais de natureza grave, sAo considerados hediondos.
HC 78.305/MG	2	Néri da Silveira	8/6/1999	10/10/99	Atentado violento ao pudor, somente quando resulte morte ou lesões corporais de natureza grave, é considerado hediondo.
Texto da Lei 8.072/90 com a redação que lhe foi dada pela Lei a° 8.930/94		Texto do Código Penal			Leitura Integrada
Art. I São considerados hediondos:					
1 homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, 1, II, III, IV e V)			Art. 121, * 2º: matar alguém, 1 - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; 11 por motivo fítil; 111 - com emprego de veneno, fogo , explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV . à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou tome impossível a defesa do ofendido; V para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; Pena - reclusão, de doze a trinta anos.		Não o homicídio simples, mas, apenas aquele do art. 121, § 2º
II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine)			Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a		Não o roubo simples, mas apenas aquele que resulte em morte.

	<p>pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:</p> <p>§ 30• Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena 6 de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.</p>	
III •. extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º)	<p>Ari. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:</p> <p>§ 2º. Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior</p>	Não a forma simples
IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e § 1º, 2º e 3º)	<p>Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si os para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:</p> <p>Pena- reclusão, de oito a quinze anos.</p> <p>§ 1º. Se o seqüestro dura mais de vinte e quatro hora, se o seqüestrado é menor de dezoito anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha: Pena - reclusão de doze a</p>	Na forma simples e na qualificada
	<p>vinte anos.</p> <p>§ 2. Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave; Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos</p> <p>§ 3º Se resulta a morte: Pena - reclusão de vinte e quatro a trinta anos</p>	
V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art, 223, caput , § único)	<p>Art. 213. Constranger a mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena- reclusão, de seis a dez anos.</p> <p>Art. 22.3. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de oito a doze anos</p> <p>Parágrafo único. Se do fato resulta morte:</p>	Na forma simples e na qualificada

	Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos	
VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, capus e § único)	Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de seis a dez anos. Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave; Pena - reclusão, de oito a doze anos Parágrafo único. Se do fato resulta morte: Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos	Na forma simples e na qualificada
VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º)	Art. 267. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de dez a quinze anos. § 1. Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.	Somente na forma qualificada

ANEXO B

EM nº 00023 - MJ

Brasília, 9 de março de 2006

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submete-se à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei para alterar dispositivos da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, “que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências”.

2. O Projeto pretende modificar o artigo 2º da Lei nº 8.072, de 1990, com objetivo de adequá-la à evolução jurisprudencial ocorrida desde sua entrada em vigor, bem como de torná-la coerente com o sistema adotado pela Parte Especial do Código Penal e com os princípios gerais do Direito Penal.

3. A proposta de alteração do inciso II do artigo 2º busca estender o direito à liberdade provisória aos condenados por esses delitos, em consonância com o entendimento que já vem se tornando corrente nas instâncias superiores do Poder Judiciário (STF, HC nº 69.950; HC 77052 / MG; HC nº 79.204; HC nº 82.903; HC-QO nº 83.173; HC nº 84.797-MC; HC nº 84.884; HC nº 85.036; HC nº 85.900; HC 87343 MC; HC nº 87.424; HC 87438 MC/SP. STJ, RHC 2556/SP; RHC 2996/MG):

“A gravidade do crime imputado, um dos malsinados 'crimes hediondos' (Lei nº 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse dos interesses do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5., LVII)” (RHC nº 68.631, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

4. Dessa forma, preserva-se o poder geral de cautela do juiz, que decidirá se os acusados dos crimes previstos na Lei nº 8.072, de 1990, poderão ou não responder ao processo em liberdade. Pretende-se, com isso, evitar os efeitos negativos da privação de liberdade quando, diante do exame das circunstâncias do caso concreto, a medida se mostrar eventualmente desnecessária.

5. A proposta de alteração da regra do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 1990, procura estabelecer uma forma mais rigorosa de progressão de regime prisional para os condenados por crimes considerados hediondos ou a eles equiparados, diferenciando-os dos crimes comuns. Com efeito, enquanto a regra geral da Lei de Execução Penal possibilita a progressão de regime mediante o cumprimento de um sexto da pena privativa de liberdade (artigo 112), a nova proposta é de, nos casos especificados, permitir a progressão apenas depois de cumpridos um terço da pena, ou a metade, no caso de reincidência. Ou seja, para os crimes hediondos ou equiparados serão duplicados os prazos de progressão adotados para os crimes comuns.

6. Esse aumento dos prazos para progressão de regime responde à necessidade de estabelecer tratamento mais severo para os crimes definidos como hediondos ou a eles equiparados. Contudo, procura-se também equilibrar a proporção de tempo de pena cumprido em cada um dos regimes prisionais, tendo por base o critério temporal já fixado pelo legislador ordinário para o livramento condicional, que é de dois terços da pena (inciso V do artigo 83 do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 8.072, de 1990). Assim, o condenado por crime hediondo necessariamente passará pelos dois regimes prisionais mais severos - fechado e semi-aberto - antes de poder obter o livramento condicional.

7. Além de aumentar o prazo de cumprimento de pena para a progressão de regime prisional, o projeto ainda determina que a pena aplicada aos crimes hediondos seja inicialmente cumprida em regime fechado. A proposição pretende aumentar o rigor da administração da pena em casos considerados mais graves pela lei penal, seguindo os critérios estabelecidos pela Lei nº 8.072, de 1990, mas de forma compatível com o

princípio constitucional de individualização da pena, tal como interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959, em que se decidiu o seguinte:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal - v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei nº 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo § 7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.” (Informativo STF nº 417, de 08 de março de 2006)

8. São essas, Senhor Presidente, as razões pelas quais se submete à elevada apreciação de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei.

Respeitosamente,
Marcio Thomaz Bastos
Ministro de Estado da Justiça

(PROJETO DE LEI 6.793/2006)

Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º

II - fiança.

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de um terço da pena, se o apenado for primário, e de metade, se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,
